

مجلة علمية مُحَكّمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

«نصف سنوية»

العدد الخامس عشر- ربيع الأول ١٤٢٢هـ- يونيو ٢٠٠١

تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٠١٣-١٦٠٨

تفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199



جميع الآراء في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبيها، ولا تعبر عن وجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة

توجه جميع المراسلات والبحوث على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين - ص ب ١٥٥٥١ -

دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف : ٧٥١٤٣٣٦ (٣ ٩٧١)- فاكس : ٧٦٤١٢٢٦ (٣ ٩٧١)

البريد الالكتروني: sharia_law.journal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الانترنت: http://sljournal.uaeu.ac.ae

الاشتراكات السنوية

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	سنة
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	سنتين
مؤسسات	١١٠ درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	٣ سنوات
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

تدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية:

١- إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية.

٢- أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدة

لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا.




بسم الله الرحمن الرحيم



اهداف المجلة وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنويّة محكّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظيراتها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطاري الشريعة والقانون، لا سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاقي الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٣- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٤- يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٥- يجب ذكر المصادر والمراجع العلميّة ومؤلفيها في نهاية كل بحث مرتبة ترتيباً هجائياً مع بيان جهة النشر وتاريخه.

٦- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبيّن النتيجة والراي أو الآراء التي تضمنها.

٧- يمكن أن يكون البحث تحقيقاً لمخطوطة تراثيّة، وفي هذه الحالة تُتّبع القواعدُ العلمية

المعروفة في تحقيق التراث وترفق بالبحث صورٌ من المخطوط المحقق.

٨ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، ويفضل أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من الحجم العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

٩- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، والايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تمّ إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.

١٠-يجب أن يكون البحث مرقوناً على الحاسوب،وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) .

١١-يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

١٢-يرفق البحث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لايزيد على صفحة.

١٣- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٤- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١٥- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

أولوية النشر:

أ- البحوث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً واشخاصاً .

ملاحظات:

١- ماينشر في المجلّة من آراء يُعبّر عن فكر أصحابها ولا يُمثل راي المجلّة أو اتّجاهها.

٢- ترتيب البحوث في المجلّة يخضع لاعتبارات فنية.

٣- لاترد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشرت أم لم تنشر .

٤- لايجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة تحرير المجلّة إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر.

٥- تستبعد المجلّة اي بحث مخالف للشروط المذكورة.

٦- لاتدفع المجلّة مكافآت مقابل البحوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكريّة مالم يكن بتكليف منها.

٧- يعطى الباحث نسختين من المجلّة وخمسة وعشرين فصلة من بحثه.

◆◆◆

محتويات العدد



كلمة العدد

معاً إلى تحقيق بيئة نظيفة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، المبعوث رحمةً للعالمين و بعد؛

كان من الطبيعي والإنسان يدرك المخاطر التي تأتيه من التلوث البيئي الذي يحيط به براً وبحراً وجواً، أن يعمل على إحاطة نفسه وبيئته بإجراءات حمائية، والعمل على التخلص من التلوث الحالي باذلا جميع استطاعته وطاقته.

والتلوث البيئي ذو الحدود غير الطبيعية كان نتاج أمور كثيرة منها التنافس الصناعي وأعمال الاعمار والتنمية خاصة في حالة عدم اتباع الاحتياطات للحد من التلوث، هذا على الأرض من جهة ،ومن جهة ثانية تلوث مياه البحار بالنفط الخام ومشتقاته، ويكتسب هذا الموضوع أهمية خاصة بالنسبة للخليج العربي، وذلك بسبب التوسع في حركة التنقيب واستغلال آبار النفط في قاع الخليج وباطن الأرض، وبسبب ازدحام شواطئه بمصافي تكرير البترول وموانىء تصديره، وبسبب كثافة حركة الناقلات في مياهه، والتي تنقل الجزء الأكبر من انتاج البترول العالمي إلى الأسواق الخارجية، فالخليج محاصر بخطر التلوث الناتج عن التسرب الزيتي من كل جانب. ويتزايد هذا الخطر إذا علمنا أن الخليج بحر شبه مغلق ومتوسط أعماقه لايتجاوز ٣٥ متراً كما أن مضيق هرمز ضيق، وكما وأن الخليج لايتعرض لتيارات قوية تخفف من حدة هذا الخطر بأن ترفع معدل حركة مياهه البطيئة ولهذا فإن مياه الخليج تحتوي على تركيزات عالية من النفط الذائب والمنتشر والتي تتعدى ٥٠٠ ميكروجرام لكل لتر مقارنة مع المناطق البحرية الأخرى (راجع د. أسامة محمد طه أبو الذهب، رصد ومكافحة التلوث البحري بالنفط، طبعة ١٩٩٤، الدوحة، ص٥١-١٥٧-١٥٨).

ومما يضاعف حجم المشكلة أن دول الخليج العربي تعتمد على مياهه كمصدر للمياه المحلاة عن طريق التكرير (٩٠٪ من مياه الشرب)، وكذلك اعتمادها على الثروة السمكية والتي تعتبر من أهم المصادر الغذائية المحلية بالمنطقة.

ولمواجهة هذا الكم الهائل من التلوث والذي يؤدي بطبيعة الحال إلى هدم البيئة واعتلال الانسان وهو الأهم بالرعاية والعناية. فقد سارعت السلطات في كل دولة إلى سن التشريعات البيئية، والدخول في اتفاقيات مع الجوار لخلق تعاون أمثل حول توفير الحماية ضد عدو مشترك ألا وهو التلوث.

ولقد عالجت دولة الإمارات العربية المتحدة مشكلة التلوث والاضرار البيئي سواء البري أو البحري بتشريعات عديدة وتوَّجت ذلك بصدور القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٩٩م في شأن حماية البيئة وتنميتها في دولة الإمارات العربية المتحدة محدداً فيه الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها بالنقاط التالية:

- حماية البيئة والحفاظ على نوعيتها وتوازنها الطبيعي.
- مكافحة التلوث بأشكاله المختلفة وتجنب أية أضرار أو آثار سلبية فورية أو بعيدة المدى نتيجة لخطط برامج التنمية الاقتصادية أو الزراعية أو الصناعية أو العمرانية أو غيرها من برامج التنمية التي تهدف إلى تحسين مستوى الحياة والتنسيق فيما بين الهيئة وبين السلطات المختصة والجهات المعنية في حماية البيئة والحفاظ على نوعيتها وتوازنها الطبيعي وترسيخ الوعي البيئي ومبادىء مكافحة التلوث.
- تنمية الموارد الطبيعية والحفاظ على التنوع الحيوي في اقليم الدولة واستغلاله الاستغلال الأمثل لمصلحة الأجيال الحاضرة والقادمة.
- حماية المجتمع وصحة الانسان والكائنات الحية الأخري من جميع الأنشطة والأفعال الضارة بيئياً أو التي تعيق الاستخدام المشروع للوسط البيئي.
- حماية البيئة في الدولة من التأثير الضار للأنشطة التي تتم خارج اقليم الدولة.
- تنفيذ الالتزامات التي تنظمها الاتفاقيات الدولية أو الاقليمية المتعلقة بحماية البيئة ومكافحة التلوث والمحافظة على الموارد الطبيعية التي تصادق عليها أو تنضم إليها الدولة.

وأما بالنسبة للمحافظة على الخليج العربي، فقد سارعت دولة الإمارات إلى توقيع عدد من الاتفاقيات الدولية المعنية بالتلوث البحري وخاصة التلوث بالزيت عندما أعلن

برنامج الأمم المتحدة للبيئة في مارس ١٩٧٤م أن منطقة الخليج العربي منطقة خاصة (أي تحتاج إلى رعاية خاصة لوقايتها من التلوث).

وقد أوصى بعقد اتفاقية اقليمية خاصة به لحمايته من التلوث وقد وقعت في ٢٣ ابريل ١٩٧٨م اتفاقية الكويت الاقليمية للتعاون في حماية البيئة البحرية من التلوث والبروتوكول الملحق بها والخاص بالتعاون الاقليمي في مكافحة التلوث بالزيت والمواد الصادرة الأخرى في الحالات الطارئة، وقد وقعتها الدول المطلة على الخليج العربي (دولة الإمارات العربية المتحدة والمملكة العربية السعودية ودولة الكويت ودولة قطر ودولة البحرين وسلطنة عمان وجمهورية العراق وإيران).

وقد ألحق بهذه الاتفاقية ثلاثة بروتوكولات، الأول خاص بالتلوث البحري الناجم عن استكشاف واستغلال الجرف القاري وقد وقع في الكويت في ١٩/ ٣/ ١٩٨٩م، والثاني خاص بحماية البيئة البحرية من التلوث بمصادر من البر وقد وقع في الكويت أيضاً في ٢١/ ٢/ ١٩٩٠م، والثالث بشأن التحكم في النقل البحري للنفايات الخطرة والنفايات الأخرى عبر الحدود والتخلص منها وقد وقع في طهران في ١٩/ ٣/ ١٩٩٨م .

ونحن هنا ندعو إلى إعمال جميع هذه الاتفاقيات و البروتوكولات من أجلنا جميعاً - أي رعايا ومقيمين على أرض الدول المطلة على الخليج العربي- وجعل تحقيق هذه المصلحة فوق كل خلاف، ولنتذكر قوله سبحانه وتعالى ﴿الله الذي خلق السموات والأرض وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقاً لكم وسخر لكم الفلك لتجري في البحر بأمره وسخر لكم الأنهار، وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار، وآتاكم من كل ماسألتموه وإن تعدوا نعمة الله لاتحصوها إن الإنسان لظلوم كفار﴾ (سورة إبراهيم الآيات ٣٣-٣٤)، وقال تعالى ﴿ ولاتفسدوا في الأرض بعد إصلاحها﴾ سورة الأعراف آية ٥٦ . صدق الله العظيم.

تم بحمد الله،،

أ. د. جاسم علي سالم الشامسي

رئيس التحرير



البحــوث والدراســـات



تأملات في المنازعات الإدارية
في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد

الأستاذ الدكتور / ماجد راغب الحلو*

---

* أستاذ القانون العام بجامعتي الاسكندرية والإمارات.

ملخص البحث

يبدأ البحث بمقدمة تتضمن بيان الظام القضائي المعمول به في دولة الإمارات من حيث الأخذ بنظام القضاد الموحد، وتوزيع الاختصاص القضائي بين الاتحاد والإمارات، كما حدد في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة واعتراف الدستور برقابة القضاء على أعمال الإدارة.

ويقسم البحث إلى مبحثين: الأول يتناول المنازعات الإدارية الاتحادية ويتناول المنازعات بالتفصيل وهي:

- المنازعات التأديبية.
- المنازعات الإدارية غير التأديبية.
- الاعتراف بالمبادىء العامة للقانون.
- افتقاد الدوائر الإدارية.
- درجات التقاضي الإداري.

أما المبحث الثاني فقد خُصص لدراسة المنازعات الإدارية المحلية- حالة إمارة دبي منذ بدء هذه المنازعات وانتهاءً بما أقرته محكمة التمييز في الإمارة من مبادىء قانونية .

وتضمنت الخاتمة أهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا للموضوع.

المقدمة:

الأخذ بنظام القضاء الموحد:

لا يوجد في دولة الإمارات العربية المتحدة قضاء إداري متخصص في نظر المنازعات الإدارية على نسق مجلس الدولة المصري أو الفرنسي، وإنما قضاء موحد يختص بنظر كافة المنازعات التي تثور على أقليم الدولة أيا كان أطرافها، وسواء اتصفت بالصفة الادراية بأن كانت الادراة طرفاً فيها بوصفها سلطة عامة، أم كانت مجرد منازعة عادية تخضع لأحكام القانون الخاص ولا مجال للسلطة العامة فيها. وهذا القول يصدق على المستوى الاتحادي وعلى مستوى الإمارات على السواء.

توزيع الاختصاص القضائي بين الاتحاد والإمارات:

حدد دستور دولة الإمارات العربية المتحدة المحاكم الاتحادية وبين اختصاصاتها[1] ونص في المادة ١٠٤ منه على أن " تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور ".

وأجاز الدستور نقل كل أو بعض الاختصاصات التي تتولاها الهيئات القضائية المحلية إلى المحاكم الاتحادية الابتدائية. وذلك بقانون اتحادي يصدر بناء على طلب الإمارة المعنية[2]. وقد صدر بالفعل القانون الاتحادي رقم ٦ لسنة١٩٧٨ فنص في

(١) راجع المواد من ٩٥-١٠٣ من الدستور الاتحادي.

(٢) المادة ١٠٥ من الدستور.

مادته الأولى على أن " تكون محاكم البداية القائمة في عواصم إمارات أبوظبي والشارقة وعجمان والفجيرة وقت العمل بهذا القانون محاكم اتحادية ابتدائية . . . وتكون المحاكم الاستئنافية القائمة في عواصم الإمارات سالفة الذكر محاكم استئنافية اتحادية " . وفي تاريخ لاحق تحولت المحاكم المحلية في إمارة أم القيوين إلى محاكم اتحادية، ولم يبق من الهيئات القضائية المحلية غير محاكم إمارتي دبي ورأس الخيمة .

وقد أكدت محكمة تمييز دبي في العديد من أحكامها " أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القضاء في إمارة دبي يشمل جميع المنازعات في الإمارة، عدا المنازعات الاتحادية ذات الطبيعة الخاصة التي حددتها المادة ١٠٢ من الدستور، ويتعين على تلك المحاكم أن تلتزم حدود ولايتها ولا تخالفها سلبا أو ايجاباً فلا تتنازل عن اختصاصها ولا تنتزع اختصاص محكمة وطنية أخرى . ويكون تحديد الاختصاص على هذا النحو المستمد من الدستور من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته . . . "(١) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٦ من الدستور على أن " يحدد بقانون اتحادي الحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام الهيئات القضائية المحلية . . أمام المحاكم الاتحادية، على أن يكون قضاؤها عند الفصل في هذا الاستئناف نهائياً " . وقضت المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية الاتحادية رقم ٣ لسنة١٩٨٣ بأن " تختص

(١) الطعن رقم ١٦٠لسنة١٩٩٦حقوق - جلسة ١٧/ ١١/ ١٩٩٦ . وأنظر أيضاً الطعن رقم١٣٤ لسنة ١٩٩٤حقوق - جلسة٢٤/ ١٢/ ١٩٩٤ .

المحاكم الاتحادية الاستئنافية بالنظر في طعون الاستئناف التي ترفع عن الأحكام الجائز استئنافها قانوناً والصادرة من المحاكم الاتحادية الابتدائية، ومن الهيئات القضائية المحلية . . . " وذلك مع ملاحظة أن هذه القاعدة لا تنطبق على الأحكام الصادرة من محاكم إمارة دبي، لأنها لم تنضم إلى القضاء الاتحادي، وتستأنف أحكام محاكم الدرجة الأولى فيها أمام محاكمها الاستئنافية، كما يطعن فيها بالنقض أمام محكمة تمييز دبي .

وبذلك يوجد بدولة الإمارات العربية المتحدة نوعان من المنازعات الإدارية هما المنازعات الإدارية الاتحادية التي تقع على مستوى الاتحاد، والمنازعات الادارية المحلية التي تحدث في أي إمارة من الإمارات بين السلطة الإدارية للإمارة وبين بعض أشخاص القانون الخاص .

الاعتراف بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة:

اعترف الدستور في دولة الإمارات العربية المتحدة برقابة القضاء على أعمال الإدارة، فنص في البند الثاني من المادة ١٠٢ منه على اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية بنظر المنازعات الادارية[1] . كما نص على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بنظر بعض المنازعات الادارية كمحكمة أول وآخر درجة، بالإضافة إلى نظر الطعون

(١) وقد تولت المحكمة الاتحادية العليا نظر هذه المنازعات مؤقتاً إلى أن أنشئت المحاكم الاتحادية الابتدائية . وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٢ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣

في الأحكام الادارية الصادرة من المحاكم الاتحادية الابتدائية[1].

وأكدت المحكمة الاتحادية العليا رقابة القضاء على مشروعية أعمال الادارة فقضت بأن " تقوم الدولة الحديثة على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نلخصه بأنه سيادة حكم القانون. ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون القائم، وأن يتمكن الأفراد بوسائل مشروعة من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها[2].

ونعرض فيما يلي أهم جوانب المنازعات الادارية في دولة الإمارات العربية المتحدة في مبحثين:

المبحث الأول: المنازعات الإدارية الاتحادية

المبحث الثانى: المنازعات الإدارية المحلية.

(١) المادة ٩٩ والمادة ١٠٣ من الدستور.

(٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا الصادر بتاريخ ٢١يونيه ١٩٧٨ في القضية رقم (٥) لسنة ٥ قضائية.

المبحث الأول
المنازعات الإدارية الاتحادية

المنازعات الإدارية الاتحادية هي تلك التي تكون إحدى الإدارات الاتحادية طرفاً فيها وهي تتصرف بوصفها سلطة عامة، أي مستخدمة أساليب القانون العام. وهذه المنازعات قد تكون تأديبية وقد تكون إدارية غير تأديبية، تنظرها دوائر قضائية غير متخصصة في نظر المنازعات الإدارية، على درجات متعددة. ولتوضيح ذلك نبحث فيما يلي النقاط التالية:

- المنازعات التأديبية.
- المنازعات الإدارية غير التأديبية.
- الاعتراف بالمبادئ العامة للقانون.
- افتقاد الدوائر الإدارية.
- درجات التقاضي الاداري.

أولاً: المنازعات التأديبية

تختص المحكمة الاتحادية العليا بنظر الدعاوى التأديبية التالية:

١ - الدعاوى التأديبية الخاصة بمساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد المعينين بمرسوم:

وذلك طبقاً لنص الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من دستور دولة الإمارات العربية

المتحدة الذي قضى باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالفصل في " مساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد المعينين بمرسوم عما يقع منهم من أفعال في أداء وظائفهم الرسمية، بناء على طلب المجلس الأعلى ووفقا للقانون الخاص بذلك "[1] . وقد تم تشكيل دائرة خاصة لذلك مكونة من خمسة قضاة، تطبيقاً لنص المادة التاسعة في فقرتها الثالثة من قانون انشاء المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة١٩٧٣ .

٢ - الدعاوى التأديبية الخاصة بالقضاة وأعضاء النيابة العامة:

وذلك طبقا لنص المادة ٢٣ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة ١٩٧٣ الذي قضى بأن " تأديب القضاة يكون من اختصاص مجلس تأديب يشكل برئاسة رئيس المحكمة العليا وعضوية أقدم أثنين من قضاتها . . "[2] .

٣- الطعن فى قرارات مجالس تأديب الموظفين:

تختص الدائرة الجزائية بالمحكمة الاتحادية العليا بنظر الطعون في قرارات مجالس تأديب الموظفين الصادرة بتوقيع عقوبات الوقف عن العمل بدون مرتب، أو

---

(١) وقد أكدت المحكمة الاتحادية العليا أن " نطاق الأفعال المعنية في الفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من الدستور يتسع لكافة صور الأفعال المتعلقة بأداء الوظيفة الرسمية التي تترتب عليها المسئولية القانونية على اختلاف أنواعها(الجنائية والتأديبية) " . أنظر طلب التفسير رقم ٣ لسنة٤ القضائية - جلسة ١٨/ ١١/ ١٩٧٩ دستوري .

(٢) وفي مجال تأديب المحامين قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن توكيل المحامي شخصاً غير مقيد بجدول المحامين وكالة شاملة تجعله يباشر أعمال المحاماة يعتبر خطأ يستوجب المساءلة التأديبية . راجع حكمها في الطعن رقم ٢ لسنة ١٩٨٨ (تأديب محامين) - جلسة ٢٠/٦/١٩٨٨ .

خفض المرتب أو الدرجة أو خفضهما معاً، أو الفصل من الخدمة. وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغ الموظف بالعقوبة ويكون حكم المحكمة نهائياً لا يجوز الطعن فيه أمام أي محكمة أخرى[1].

ويلاحظ علي هذا النص ما يلى:

أ- انه جعل نظر الطعون في قرارات مجالس التأديب من اختصاص الدائرة الجزائية بالمحكمة الاتحادية العليا. وكان الأجدر أن يجعل الأمر من اختصاص دائرة إدارية أو تأديبية. إذ رغم اشتراك العقوبات التأديبية مع العقوبات الجنائية في الصفة الجزائية أو العقابية، فإن الصفة الإدارية للعقوبات التأديبية ينبغي أن ترجح على ما عداها من صفات. لذلك فإن الطعن في الجزاءات التأديبية في دول القضاء المزدوج إنما يكون من اختصاص القضاء الاداري.

ب- أنه لا يجوز الطعن في الجزاءات التأديبية الأقل من جزاء الوقف عن العمل بدون مرتب، وهي الإنذار أو اللوم[2]، والخصم من المرتب، والحرمان من العلاوة الدورية. وذلك سواء صدر القرار من الوزير المختص أم من مجلس التأديب. ولما كان احتمال الخطأ وارداً في أي قرار إداري، مما يجعل المراجعة القضائية لازمة، فإنه كان ينبغي السماح بالطعن في كافة الجزاءات التأديبية، خاصة وأن للموظف مصلحة

(١) وذلك طبقاً لنص المادة ٨٤ من قانون الخدمة المدنية الاتحادي رقم ٨لسنة١٩٧٣ واستناداً إلى نص المادة٩٩/ ٩ من الدستور الذي نص على اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بأي اختصاصات أخرى يتم النص عليها في أي قانون اتحادي.

(٢) الإنذار بالنسبة لموظفي الحلقتين الثانية والثالثة، واللوم بالنسبة لموظفي الحلقة الأولى.

في بقاء ملفه الوظيفي نظيفاً خالياً من أي عقوبة تأديبية . ويبدو أن الاعتبارات العملية هي التي دفعت إلى تبني هذا الاتجاه لعدم زيادة عدد الدعاوى التأديبية أمام المحكمة الإتحادية العليا .

جـ - أن النص قد جعل الطعن في قرارات مجالس تأديب الموظفين من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا مباشرة . وذلك رغم أن هذه المجالس تعتبر هيئات إدارية ذات اختصاص قضائي ، يغلب على تشكيلها العنصر الإداري ، وتصدر قرارات إدارية . وبذلك حصر المشرع حق التقاضي بالنسبة لهذه القرارات في درجة واحدة فقط . وعادة ما يقال تبريراً لذلك أن هذه المجالس ينظر إليها كما لو كانت محاكم تأديبية رغم أنها ليست كذلك . غير إنه حتى مع التسليم الجدلي بهذا الافتراض واعتبار قراراتها معادلة لأحكام المحاكم الاتحادية الابتدائية ، فإن أحكام هذه المحاكم يطعن فيها أمام المحاكم الاستئنافية ثم أمام المحكمة الاتحادية العليا . وبذلك حرم المشرع المتقاضين في هذا المجال من درجتين من درجات التقاضي ، أو على الأقل من درجة واحدة لو اعتبرنا مجالس التأديب في حكم المحاكم الابتدائية .

ثانياً: المنازعات الإدارية غير التأديبية

نصت المادة ١٠٢ من الدستور على أن " يكون للاتحاد محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر ، تعقد في عاصمة الاتحاد الدائمة ، أو في بعض عواصم الإمارات ، لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها في القضايا التالية :

١ – المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد، سواء كان الاتحاد مدعياً أو مدعى عليه فيها . . . " وأجازت المادة ١٠٥ بقانون اتحادي يصدر بناء على طلب الإمارة المعنية نقل كل أو بعض الاختصاصات التي تتولاها هيئاتها القضائية المحلية إلى المحاكم الاتحادية الابتدائية . فلما صدر قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ١٠ لسنة١٩٧٣ نص في المادة ٧٢منه على أنه " إلى أن تنشأ المحاكم الاتحادية الابتدائية، تختص المحكمة العليا بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء أكان الاتحاد مدعياً أم مدعى عليه فيها . . . "

ثم صدر قانون إنشاء المحاكم الاتحادية الابتدائية رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ فنص في المادة الأولى منه على أن " تكون محاكم البداية القائمة في عواصم إمارات أبوظبي والشارقة وعجمان والفجيرة وقت العمل بهذا القانون محاكم اتحادية ابتدائية. .[١]" .

ونص في المادة الثالثة منه على أن " تختص المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الاتحاد بالنظر في جميع المنازعات الادارية بين الاتحاد والأفراد، سواء كان الاتحاد مدعيا أو مدعي عليه فيها . ويجوز للمحكمة أن تعقد جلساتها في إحدى عواصم الإمارات المشار إليه في المادة الأولى إذا اقتضت الظروف ذلك . أما المنازعات المدنية والتجارية التي تقام بين الاتحاد والأفراد فتختص بنظرها المحكمة الاتحادية الابتدائية حسب مقر إقامة المدعى عليه " .

(١) وقد انضمت إمارة أم القيوين إلى القضاء الاتحادي في تاريخ لاحق .

ثم صدر القانون رقم ٢لسنة١٩٩٠ فعدل المادة الثالثة من القانون رقم ٦لسنة١٩٧٨لتكون على النحو التالي :

" . . . تختص المحاكم الاتحادية الابتدائية كل في دائرة اختصاصها بما يأتي : ١- المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدعيا أو مدعى عليه فيها . . . " .

فلما صدر قانون الإجراءات المدنية رقم ١١لسنة١٩٩٢ نص في المادة ٢٥منه على أن " تختص المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة بالنظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الدولة والأفراد، سواء كانت الدولة مدعياً أو مدعى عليه فيها . . . "[١] .

وفي ذلك نوع من التخبط التشريعي المعيب الذي إن دَّل على شيء فإنما يدل على عدم دراسة مشروعات القوانين دراسة موضوعية كافية متأنية قبل سنها لكي تحقق أهدافها فالعودة بحكم القانون مرة ثانية إلى ما كان عليه قبل إلغائه أو تعديله يكشف عن تردد وسطحية يجب أن يتنزه عنها المشرع .

(١) يرى بعض الفقهاء أن ذلك من شأنه توحيد الاتجاهات القضائية في مجال المنازعات الادارية ، كما يؤدي إلى سرعة الفصل فيها ، نظراً لوجود المحكمة في العاصمة التي تتواجد فيها السلطات الاتحادية المثلة للطرف الإداري في المنازعة الإدارية . راجع في ذلك : دكتور محمد كامل عبيد : الرقابة على أعمال الإدارة - دراسة مقارنة في النظم القانونية المعاصرة والنظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة - مطبوعات كلية شرطة دبي -١٩٩٩-ص٧٢٩ .

ولعل هذا التخبط - بالإضافة إلى الرغبة في التيسير على المتقاضين في الإمارات المختلفة - هو الذي دفع المحكمة الاتحادية العليا إلى تأويل النص الأخير تأويلاً يصرفه عن معناه الظاهر . فقضت المحكمة في حكم حديث لها صدر بعد صدور القانون رقم ١١لسنة١٩٩٢ بأن " اختصاص المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الدولة والأفراد، سواء أكانت الدولة مدعياً أم مدعي عليه فيها، لا يمنع من اختصاص المحاكم الاتحادية في عواصم الإمارات بنظر هذه الدعاوى . وذلك في ضوء المادة ٢٥/ ١ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١لسنة١٩٩٢ ، والمادة ١٠٢/ ١ من الدستور . . "[١] .

ونعتقد أن المحكمة الاتحادية العليا قد أصابت في حكمها رغم مخالفتها لظاهر النصوص . وذلك للأسباب التالية :

١ - أن نص المادة ١٠٢ من الدستور يتحدث عن وجود محكمة اتحادية ابتدائية أو أكثر، تنعقد في عاصمة الاتحاد أو في بعض عواصم الإمارات، لممارسة الولاية القضائية في دائرة اختصاصها . ومعنى ذلك أنه في حالة تعدد هذه المحاكم - وهو ما حدث بالفعل - تمارس كل محكمة ولايتها في دائرة اختصاصها المكاني، وبالتالي لا تنفرد محكمة واحدة - ولو كانت هي محكمة العاصمة - بممارسة الولاية القضائية التي حددها الدستور على مستوى الدولة كلها . وفي ذلك تيسير على المتقاضين في

(١) راجع الطعن رقم ٥٤لسنة١٥القضائية - جلسة١٨/ ٥/ ١٩٩٣ .

الإمارات أعضاء الاتحاد لا يخل بوحدة المبادئ القانونية المطبقة، لأن على رأس هذه المحاكم جميعاً توجد محكمة عليا واحدة.

٢- أن الدستور لم يفرق بين المنازعات الإدارية وغير الإدارية في مجال اختصاص المحاكم الاتحادية الابتدائية، كما فعل قانون إنشاء هذه المحاكم رقم ٦ لسنة ١٩٧٨ في المادة الثالثة منه، وإنما قال " المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد. . "، مما يشكك في دستورية هذا القانون.

٣- أن المحاكم الاتحادية الابتدائية الموجودة خارج العاصمة الاتحادية يمكن اعتبارها مجرد دوائر للمحكمة الاتحادية الابتدائية في محكمة اتحادية واحدة نص الدستور في المادة ١٠٢ منه على انعقادها في عاصمة الاتحاد أو في بعض عواصم الإمارات " . ولا شك أن في هذا التأويل تيسيراً على المواطنين في ممارسة حق التقاضي.

أما بالنسبة للمنازعات الادارية غير التأديبية التي ترفع من مواطني الإمارات التي لم تنضم إلى القضاء الاتحادي ولم تنشأ بها محاكم اتحادية ابتدائية فالوضع بالنسبة لها يختلف ويحتمل اتجاهين:

- **أما الاتجاه الأول** فمفاده أن المنازعات الإدارية التي ترفع من مواطني دبي ورأس الخيمة تختص بها المحكمة الاتحادية الابتدائية في العاصمة أبوظبي طبقاً لنص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة١٩٩٢ الذي يقضي بأن تختص

المحكمة الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة بالنظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية التي تنشأ بين الدولة والأفراد سواء كانت الدولة مدعياً أو مدعي عليه فيها " . وتستأنف الأحكام الصادرة منها أمام محكمة أبوظبي الاستئنافية . كما يمكن أن تنظرها المحكمة الاتحادية العليا كمحكمة آخر درجة .

أما الاتجاه الثاني فمضمونه أن هذه المنازعات تظل من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا التي تنظرها كمحكمة أول وآخر درجة وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٢ من قانون إنشاء المحكمة الإتحادية العليا رقم ١٠لسنة١٩٧٣ التي قضت بأنه " إلى أن تنشأ المحاكم الاتحادية الابتدائية، تختص المحكمة العليا بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية بين الاتحاد والأفراد . . . " وذلك على أساس أن المقصود هو " إلى أن تنشأ محكمة اتحادية بكل إمارة " .

وهذا هو ما أكدته المحكمة الاتحادية العليا حين قضت بأنه " لما كان النزاع المطروح في الدعوى قد قام بين جهة من سلطات الاتحاد وبين مدعي عليه يقيم ويعمل ويحصل على راتبه في إمارة دبي التي لم تنشأ بها حتى الآن محاكم اتحادية ابتدائية، ومن ثم فإن الاختصاص بنظر الدعوى يكون معقوداً للمحكمة العليا دون سواها . ويكون الدفع بعدم الاختصاص على غير أساس متعين الرفض "[١] .

---

(١) حكم المحكمة الصادر بتاريخ ١٩يناير عام١٩٩٢ في الدعوى المدنية رقم ٧لسنة١٧قضائية . وتختص المحكمة الاتحادية العليا فضلاً عن ذلك بنظر المنازعات التي تثور بين الإمارات أعضاء الاتحاد دون أن تتعلق بنص دستوري . ومن أمثلتها منازعات الحدود بينها . وذلك متى أحيلت المنازعة إلى المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف المعنية . ومثل هذه المنازعات=

ووفقاً لهذا الاتجاه يكون الوضع القانوني محل نظر وغير متجانس، وفيه شئ من الإخلال بمبدأ المساواة بين مواطني الاتحاد بالنسبة لدرجات التقاضي في المنازعات الإدارية. فهذه المنازعات تنظر على ثلاث درجات في كل من أبوظبي، والشارقة، وعجمان، وأم القيوين، والفجيرة، في حين تنظر على درجة واحدة فقط في إمارتي دبي ورأس الخيمة، وهذا أمر صعب القبول.

ثالثاً: الاعتراف بالمبادئ العامة للقانون

رغم عدم وجود محاكم إدارية مستقلة في دولة الإمارات العربية المتحدة، ورغم قلة المنازعات الإدارية المعروضة على قضائها الموحد، فقد اعترفت المحكمة الاتحادية العليا بالمبادئ العامة للقانون التي استقرت عليها أحكام المحاكم الإدارية في دول القضاء الإداري، خاصة مصر وفرنسا. واعتبرت أن هذه المبادئ من القواعد القانونية الملزمة في مختلف المجالات التي تعرضت لها. وذلك بصورة تؤكد تواجد القضاء الإداري الموضوعي رغم عدم وجود القضاء الإداري العضوي. ونبين فيما يلي - على سبيل المثال - مواقف المحكمة الاتحادية العليا من بعض موضوعات القانون الإداري الهامة، وهي مبدأ المشروعية والقرار الإداري والموظف العام.

= تعتبر من قبيل المنازعات الادارية التي تثور بين شخصين من أشخاص القانون العام. مع ملاحظة أن اللامركزية هنا ليست مجرد لامركزية إدارية تتعدد فيها السلطات الإدارية فحسب وإنما هي لا مركزية سياسية تستند إلى نظام فيدرالي تتعدد فيه الدساتير والسلطات العامة المختلفة.

١ - مبدأ المشروعية:

في إطار بيان معنى مبدأ المشروعية وتأكيده قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه : " لما كانت الدولة الحديثة تقوم على مبدأ المشروعية الذي يمكن أن نلخصه بأنه سيادة حكم القانون، ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع الدولة في تصرفاتها للقانون العام، وأن يمكن الأفراد - بوسائل مشروعة - من رقابة الدولة في أدائها لوظيفتها، بحيث يمكنهم أن يردوها إلى جادة الصواب كلما عن لها أن تخرج عن حدود القانون عن عمد أو إهمال. ووسائل الأفراد في تحقيق مبدأ المشروعية عديدة أهمها ثلاث :

١- طلب إلغاء قرارات الإدارة المعيبة .

٢- الدفع بعدم دستورية القوانين .

٣- حق طلب التعويض عن تصرفات الإدارة المعيبة، سواء كانت هذه التصرفات أعمالاً مادية أو أعمالاً إدارية "[(١)] .

٢ - القرار الإداري:

في مجال تحديد مضمون القرار الإداري قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن " القرار الإداري - الذي يتمتع بالشرعية والحصانة - هو افصاح الادارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني

---

(١) الدعوى رقم ٥لسنة٥ القضائية - جلسة ٢١/٦/١٩٧٨ .
أنظر في تفصيل ذلك : دكتور محمد عبد العال السناري : مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة - ٢٠٠٠ ص٢٨٥ وما بعدها .

معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، و كان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة . . . والوعد الصادر من الجهة الإدارية بتعيين شخص في وظيفة معينة لا يعد من قبيل القرارات الإدارية الصادرة في شأن التعيين، ولا يعدو أن يكون عملاً مادياً لا ينشئ حقوقاً أو مركزاً شرعياً يحميه القانون . وقد فرض المشرع على الإدارة القيام بسلسلة من الإجراءات قبل أن يصدر قرار بالتعيين . ففي كل هذه الحالات تكون الإجراءات المسبقة أعمالاً مادية لا تستجمع مقومات القرار . . . "[1] .

وأكدت المحكمة أنه : " من المقرر في قواعد القضاء الإداري أنه لا يشترط في القرار الإداري أن يصدر في شكل معين أو صيغة محددة وإنما يكفي أن يصدر عن المرجع المختص بإصداره ضمن الحدود والصلاحيات المقررة له قانوناً، وأن يكون مستوفياً لمقوماته "[2] .

وبالنسبة لأركان القرار الإداري قالت المحكمة أنه : " لما كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها في استخلاص الوقائع ووزن البيانات إلى سلامة قرار انهاء خدمة الطاعن لصدوره وفق أحكام القانون، وقيامه على سبب صحيح، بريئاً من شبهة تعسف الادارة أو انحرافها، وإذا كان هذا الاستخلاص سائغاً، له أصله الثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضاء الحكم، فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون

---

(١) الدعوى رقم ٢ لسنة٢ القضائية - جلسة ٩/ ٧/ ١٩٧٥ .

(٢) الطعن رقم ٢٥٨لسنة ١٤القضائية - جلسة١٥/ ٦/ ١٩٩٣ .

جدلاً موضوعياً يراد به الأخذ بنتيجة مخالفة لما اقتنعت به المحكمة الأمر الذي لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض "[1].

وبينت المحكمة الاتحادية العليا أن هناك قرارات إدارية غير ملزمة . فقضت بأن " قرار الوزير بشأن إحالة الزوجين للصلح بينهما لا يدخل في اطار القانون الذي تؤدى مخالفته إلى بطلان الحكم . بالإضافة إلى أنه لا يوجد نص شرعي يلزم به "[2].

وبشأن قرارات الترخيص - وهي قرارات إدارية غير ملزمة وإنما مبيحة لنشاط معين - قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن " رخص النشاط التجاري ورخص البلدية سنوية ولا يعتد بها إذا لم تجدد كل سنة . ولئن حمى القانون العنوان التجاري طيلة مدة سريان الترخيص التجاري ورخصة البلدية ، فإنه لا يحميه إن لم يتجدد كما نص القانون بدون منازع "[3].

٣- الموظف العام:

ومن اجتهادات المحكمة الاتحادية العليا المتصلة بالموظفين والبدلات التي يحصلون عليها ما قضت به من أن : " الأصل في التزام الحكومة أن تؤمن للموظف غير المواطن المعين بعقد استخدام خارجي مسكناً مناسباً . ومع ذلك يسوغ لها عند

(١) الطعن رقم ٢٥٨لسنة ١٤القضائية - جلسة ١٥/ ٦/ ١٩٩٣ .

(٢) الطعن رقم ١٤٧لسنة ١٩٩١(شرعي) - جلسة١٥/ ٢/ ١٩٩٢ .

(٣) الطعن رقم ٨٤لسنة١٣القضائية - جلسة ٢١/ ١/ ١٩٩٢ .

الاقتضاء ألا تنفذ هذا الالتزام مقابل منح الموظف بدل السكن المناسب . وإذا اجتمع الزوج والزوجة في خدمة الحكومة أو كان أحدهما في خدمتها والآخر في خدمة دائرة حكومية في إحدى الإمارات الأعضاء في الاتحاد أو مؤسسة عامة أو هيئة عامة، أو شركة تسهم فيها الحكومة التزمت الحكومة بتقديم مسكن واحد للزوجين يراعى فيه الملاءمة مع أكبرهما راتباً أو منح بدل السكن للزوج صاحب الراتب الأكبر . . "[1].

رابعاً: افتقاد الدوائر الإدارية

نص قانون السلطة القضائية الاتحادية رقم ٣ لسنة١٩٨٣ على أن يكون بكل من المحاكم الاتحادية الابتدائية والمحاكم الاتحادية الاستئنافية " دائرة أو أكثر لنظر المواد الجنائية، ودائرة أو أكثر لنظر المواد المدنية والتجارية والمواد الأخرى "[2]. وكان الأجدر بالمشرع أن يقرر إنشاء دائرة أو أكثر لنظر المواد الادارية. وذلك ليس أسوة بالمواد الجنائية، بل من باب أولى، لأن المواد الجنائية إذا كان لها من الخصوصيات ما يبرر تخصيص دائرة أو أكثر لنظرها، فإن المواد الإدارية لها من السمات المميزة ما جعل كثيراً من الدول - هي دول القضاء المزدوج - تخصص لمنازعاتها قضاء كاملا متخصصاً هو القضاء الإداري. وذلك لأن أطراف المنازعة الإدارية ليسوا سواء، فالادارة كطرف فيها تتمتع بامتيازات السلطة العامة وتستهدف تحقيق النفع العام،

(١) الطعن رقم ١٠٠لسنة ١٣ القضائية - جلسة ٢٨/ ٤/ ١٩٩٢ .

(٢) راجع المادتين ١١ ، ١٢ من القانون المذكور .

بخلاف الأفراد - الذين يمثلون الطرف الآخر - فإنهم لا يتمتعون بإمتيازات السلطة، ويستهدفون تحقيق مصالحهم الخاصة.

لذلك نرى أن المشرع لم يكن موفقاً في ترك المنازعات الادارية تنظر مع غيرها من المنازعات المدنية والتجارية، على الرغم من خصوصيتها، واعتراف المشرع صراحة بها ضمن اختصاصات المحاكم. وحبذا لو خصصت لها دوائر قضائية متميزة، سواء في المحاكم الاتحادية أم في محاكم الإمارات التي لم تزل تحتفظ بقضائها المحلي وهي دبي ورأس الخيمة. وذلك بهدف زيادة الاهتمام بمعالجة هذه النوعية الهامة من المنازعات الحساسة. مع السماح بالطعن في أحكام هذه الدوائر أمام دوائر إدارية استئنافية.

ولعل المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يشعر بعد بمدى أهمية المنازعات الإدارية نظراً لقلة عدد الدعاوى التي ترفع منها على المستويين الاتحادي والمحلي على السواء، في الظروف الراهنة. غير أن هذا الأمر يحتاج إلى شئ من البحث والتمحيص والتعليق. فقلة عدد المنازعات الإدارية في الدولة ترجع إلى أسباب متعددة يمكن إيجازها فيما يلي:

١ - الحلول الودية للمنازعات الإدارية:

يقال إن نسبة لا بأس بها من المنازعات الإدارية في دولة الإمارات العربية تحل بالطرق الودية عن طريق التظلمات الإدارية، بل وبالاتصالات الشخصية الشفوية

بين كبار المسئولين وأصحاب المظالم الذين لا يزالون يفضلون الشكاوى الأبوية واللقاءات غير الرسمية، ويعتبرونها وسيلة أكثر فعالية، وأسرع وأقل كلفة لحل خلافاتهم مع الجهات الإدارية، في مجتمع لا يزال يحتفظ بقدر لا بأس به من البساطة والعفوية.

غير أن هذا الوضع - وإن صح - مؤقت غير قابل للاستمرار. فلا شك أن التطور الطبيعي والمصاحب لتعقد سبل الحياة الحديثة والروتين الإداري المركب سوف يقلل من كمية وأهمية المنازعات الإدارية التي يمكن التوصل إلى حلها بالطرق الودية. ولابد من الاستعداد لمواجهة المنازعات الإدارية المتزايدة في المستقبل الاكيد بقضاء إداري متخصص.

٢- خشية رفع المنازعات الإدارية:

ويقال إن شكاوى وتظلمات موظفي الحكومة كثيرة متباينة ولكن أصحابها لا يقدمون على إثارتها أو عرضها على القضاء، إما خوفاً من موقف الإدارة منهم بعد تقديمها، وإما يأساً من إمكانية الوصول إلى الحلول القانونية السليمة لها[1]. ومع مزيد

---

(١) أنظر : دكتور محمد كامل عبيد ، الرقابة على أعمال الإدارة - دراسة مقارنة في النظم القانونية المعاصرة والنظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة - ١٩٩٩ - ص٧٢٣. ويشير إلى سلسلة من التحقيقات الصحفية نشرتها جريدة " الخليج " تحت عنوان " تظلمات كثيرة ومعايير تقييم غائبة " في ثلاثة أعداد : ١- " الدعوة إلى إنشاء جهاز للقضاء الإداري ينظر شكاوى الموظفين " . العدد رقم٧٥٤٢ الصادر بتاريخ ١٢ يناير عام٢٠٠٠ ، صفحة ٤ .
٢- " شكاوى موظفي الحكومة لاتجد من يفصل فيها " العدد رقم ٧٥٤٩ الصادر بتاريخ ١٩ يناير عام ٢٠٠٠ ، صفحة ٩ .
=

من الشجاعة الأدبية واستقرار الأحوال الوظيفية ستتضاعف المنازعات الادارية الخاصة بشئون الموظفين .

خامساً: درجات التقاضي الاداري

يستفاد من النصوص الدستورية أن القضاء الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة هو على درجتين أثنين فقط ، حيث إن للاتحاد محكمة اتحادية عليا ومحاكم اتحادية ابتدائية ، يجوز أن ينص القانون على استئناف أحكامها أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا[1] . غير أنه عندما صدر قانون السلطة القضائية الاتحادية رقم٣ لسنة١٩٨٣ نص في المادة التاسعة منه على إنشاء محاكم اتحادية استئنافية[2] .

وعلى خلاف الأمر الظاهر والمتبادر إلى الذهن من قراءة النصوص الدستورية الواضحة سالفة الذكر قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن المادة ١٠٣ من الدستور تركت الباب مفتوحاً لاجتهاد غير محدود المدى يباشره المشرع في تنظيم طرق الطعن

= ٣- " مطلوب جهة فصل في منازعات الموظفين وإدارتهم " . العدد رقم ٧٥٧٦ الصادر بتاريخ ١٥ فبراير عام٢٠٠٠ ، صفحة١١ .

(١) تنص المادة ٩٥ من دستور دولة الإمارات لعام١٩٧١ على أن " يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا ، ومحاكم اتحادية ابتدائية . . . " وتقضي المادة ١٠٣ منه بأنه " يجوز أن ينص القانون على استئناف أحكام تلك المحاكم (الابتدائية) أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا في الحالات وبالإجراءات التي حددها " .

(٢) ونص المادة على النحو التالي : " تتكون المحاكم الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة من : ١-المحكمة الاتحادية العليا ٢- المحاكم الاتحادية الاستئنافية ٣- المحاكم الاتحادية الابتدائية ويكون ترتيبها فيما بينها على النحو المتقدم .

وفي تعيين الجهات القضائية التي يرجع إليها . . . ومن ثم فلا جناح على المشرع في أن ينشئ محاكم استئناف يؤثرها بنظر هذا الاستئناف حتى على الرغم من عدم الإشارة إليها في سياق نص المادة ٩٥ من الدستور . . ذلك أن البيان الذي سيق في هذه المادة واكتفى فيه الدستور بذكر المحكمة الاتحادية العليا والمحاكم الاتحادية الابتدائية لم يسلك فيه المشرع سبيل التعداد والحصر . . "[1].

ورغم نبل الهدف نرى أن تفسير المحكمة الاتحادية العليا يخالف المنطق ولا يحالفه التوفيق، للأسباب التالية :

١- نصت المادة ٩٥ من الدستور على أن : " يكون للاتحاد محكمة اتحادية عليا، ومحاكم اتحادية ابتدائية . . . " ولم تزد على ذلك . فإذا جاء القانون وانشأ للاتحاد محاكم استئناف، فقد خالف النص الدستوري، وأضاف إلى حكمه ما ليس فيه، وكأنه نوع من التعديل بالإضافة، وهو ما لا يجوز بالنسبة لنصوص القانون في مواجهة الدستور .

٢- نصت المادة ١٠٣ في فقرتها الثانية على أنه : " يجوز أن ينص القانون على استئناف أحكام تلك المحاكم (الاتحادية الابتدائية) أمام احدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا، في الحالات وبالإجراءات التي يحددها " . ومعنى النص أن الدستور قد أجاز للمشرع العادي أن يقرر استئناف أحكام المحاكم الاتحادية الابتدائية

(١) طلب رقم (١) لسنة ٤ قضائية - جلسة ١٤/ ٣/ ١٩٧٦ (دستوري) .

أو لا يقرر ذلك فتظل أحكام هذه المحاكم غير قابلة للاستئناف، ويكون التقاضي بشأن المنازعات الداخلة في اختصاصها من درجة واحدة فقط . فإذا أجاز القانون استئناف هذه الأحكام، فإن هذا الاستئناف يكون أمام إحدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا دون غيرها .

٣- أن الدستور ليس كتاباً سماوياً يجب ألا يخضع لأي تعديل أو تبديل، وإنما هو تنظيم بشري يقبل التقويم والمناقشة . وتعديل أحكامه بما يحقق المصلحة أفضل من مخالفتها أو تحميلها من المعاني فوق ما تحتمل .

ونحن لا نشكك في ملاءمة وجود المحاكم الاتحادية الاستئنافية كاحدى درجات التقاضي المتعارف عليها في أغلب دول العالم، ولكن ملاءمة القانون وحدها لا تكفي، ويجب بحث دستوريته قبل ملاءمته . وليس هناك ما يمنع من تعديل النصوص الدستورية بما يتوافق وحاجات المجتمع ويحقق مصالحه، بل وينبغي أن يتم ذلك دون تردد أو خشية ما دامت الأمور قد درست وتأكدت .

ومع ذلك لعله كان من الأفضل الاكتفاء بنظر المنازعات الادارية على درجتين اثنين فقط كقاعدة عامة، وذلك توافقاً مع ما هو متبع في نظر هذه المنازعات في بلاد القضاء المزدوج كمصر وفرنسا[1] .

---

(١) راجع للمؤلف : القضاء الاداري - ١٩٩٩ - ص٦١١ .

المبحث الثاني
المنازعات الإدارية المحلية- حالة إمارة دبي

المنازعات الادارية المحلية هي المنازعات التي تكون السلطة الإدارية في إحدى الإمارات طرفا فيها ويختص بنظرها القضاء المحلي في الإمارة المعنية . وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٠٤ من الدستور الاتحادي الذي يقضي بأن تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاءالاتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور .

غير إن هذا الأمر لم يعد يصدق إلا على إمارتي دبي ورأس الخيمة فقط ، حيث تحول القضاء المحلي في باقي الإمارات إلى قضاء اتحادي بناء على طلب هذه الإمارات وتطبيقاً لنص المادة ١٠٥ من الدستور الذي أجاز ذلك بقانون اتحادي . وللمنازعات الإدارية في إمارة دبي - على وجه الخصوص - نظام خاص يستلزم دراسة منفردة نباشرها على النحو التالي :

- موافقة الحاكم كشرط للقبول .
- عدم دستورية شرط الموافقة .
- افتقاد المنطق في الاحتمالين .
- خطورة منع الشكوى القضائية .
- مبادئ محكمة تمييز دبي .

أولاً: موافقة الحاكم كشرط للقبول

نصت التعليمات الصادرة من صاحب السمو حاكم دبي بتاريخ ٤/ ٧/ ١٩٩٢ على أنه : " . . . أولاً : مع مراعاة ما تنص عليه المراسيم والقوانين والأوامر الصادرة من قبل الحاكم، لا تقام الدعاوى لدى المحاكم ضد الحاكم أو ضد الحكومة إلا وفقا لما يلي :

أ- على من يرغب في إقامة الدعوى أن يودع لدى المستشار القانوني لحكومة دبي بصورة كتابية التفاصيل الكاملة لادعائه .

ب- وخلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من استلام هذه التفاصيل يرفع المستشار القانوني مطالعته للحاكم ويبلغ الطرف المعني بقرار سموه .

ج- . . . . ثانياً : ليس في هذه التعليمات ما يتطلب الحصول على الموافقة المسبقة للحاكم للبدء في إجراءات التحكيم وفقا لأية اتفاقية خطية موقعة من الحاكم أو الحكومة .

ثالثاً : تعني الحكومة حيثما وردت في هذه التعليمات حكومة دبي، وتشمل أية دائرة من دوائرها أو أية مؤسسة أو هيئة حكومية أخرى " .

وتنفيذاً لهذه التعليمات جرى قضاء محكمة تميز دبي على أنه " في غير حالة البدء في إجراءات التحكيم المتفق عليه بموجب اتفاقية خطية موقعة من صاحب السمو حاكم دبي أو الحكومة أو ما يصدره سموه من مراسيم وقوانين وأوامر، يتعين

عدم إقامة الدعوى قبل الحكومة أو أي دائرة من دوائرها أو أية هيئة أو مؤسسة حكومية أخرى إلا بعد أن يودع من يرغب في إقامتها صورة كتابية بالتفاصيل الكاملة لادعائه لدى المستشار القانوني لحكومة دبي ويبلغ بقرار سمو الحاكم في هذا الشأن، وقد جاءت هذه التعليمات مطلقة فهي تسري على كافة الدعاوى بكافة صورها ونوع المطلوب فيها طالما أنها أقيمت ضد إحدى الجهات المنصوص عليها فيها . وتشكل هذه التعليمات إجراء من إجراءات التقاضي مما يتعلق بالنظام العام، ويترتب على عدم اتباعها عدم قبول الدعوى . . ولما كان الطاعنان قد أقاما دعواهما طلبا للحكم بإلزام المطعون ضدهما - وهما النيابة العامة والمباحث الجنائية - بعدم تسليمهما لدولة الصين، وكانا قد أغفلا اتباع التعليمات سابقة الذكر فإن دعواهما بحالتها الراهنة تكون غير مقبولة . . . "[1].

وتطبيقاً لتلك التعليمات على الدعوى المرفوعة ضد شركة طيران الإمارات أكدت محكمة تمييز دبي أنه " يجب على القاضي عند بحثه في الوقائع وما يترتب عليها من آثار أن يرجع إلى القانون الساري عند نشوئها، عند انتاجها هذه الآثار . والمراد بالقانون في هذا الشأن هو القانون بمعناه الأعم، فيدخل في هذا المجال . . . ما يصدره صاحب السمو حاكم دبي من أوامر، أيا كان الشكل الذي تصدر به، يستوي في ذلك اصدارها في شكل قانون أو مرسوم أو تعليمات، وكلها في مرتبة واحدة لصدورها من سموه، وهو صاحب السلطة في اصدار كافة التشريعات بإمارة دبي . لما

(١) حكم محكمة تميز دبي الصادر في التمييز رقم ١١٠/٩٦جزاء بتاريخ ٢٩/ ١٢/ ١٩٩٦ .

كان ذلك وكان النص في التعليمات الصادرة من صاحب السمو حاكم دبي بتاريخ ٤/ ٧/ ١٩٩٢ (يستلزم الحصول على موافقة الحاكم قبل مقاضاة الإدارة) . . . ويترتب على إغفالها عدم قبول الدعوى التي ترفع في ظلها بغير اتباعها . لما كان ذلك وكانت شركة طيران الإمارات (المطعون ضدها الثانية) هي بمقتضى المرسوم رقم ٢ لسنة ١٩٨٥ الصادر من صاحب السمو حاكم دبي بإنشائها مؤسسة عامة وتعود ملكيتها لحكومة دبي ، فهى من الجهات المعنية بتلك التعليمات . . . . . ويترتب على ذلك عدم قبول الدعوى المرفوعة ضدها . . . "(١) .

ثانياً : عدم دستورية شرط الموافقة

وهذه التعليمات غير دستورية تصطدم بنص المادة ٤١ من الدستور الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة التي تقضي بإنه " لكل إنسان أن يتقدم بالشكوى إلى الجهات المختصة بما في ذلك الجهات القضائية من امتهان الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الباب " . ورفض الإذن برفع الدعوى ضد إحدى دوائر الإمارة يعني حرمان صاحب المظلمة من رفع دعواه إلى قاضية الطبيعي ، وفي ذلك مخالفة للنص الدستوري وإهدار لحق التقاضي ، وهو حق طبيعي مقدس ، أكدته الشرائع السماوية والوضعية على السواء(٢) .

---

(١) حكم محكمة تمييز دبي رقم ٣٢/ ٩٤ الصادر في ٢٦/ ٦/ ١٩٩٤ .

(٢) وقد أحسن الدستور المصري لعام ١٩٧١ ، عندما أراد عدم تكرار المظالم التي وقعت قبل صدوره ، فنص في المادة ٦٨ منه على أن " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة . =

ومن المؤسف أنه ليس من حق الأفراد الطعن في هذه التعليمات - التي تعتبر في حكم القانون المحلي - بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا . وذلك لأن هذه المحكمة لا تبحث دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا طعن فيها من قبل الأفراد، وإنما :

- إذا طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية، لمخالفتها لدستور الاتحاد، أو القوانين الاتحادية[1] .
- وإذا أحيل إليها الطلب من أية محكمة من محاكم البلاد أثناء دعوى منظورة أمامه[2] .

ثالثاً : افتقاد المنطق في الاحتمالين

إن رفض الأذن بالترافع إلى القضاء، ضد هيئات أو دوائر السلطة العامة في الإمارة فيه إنكار لحق التقاضي في مجال من أهم مجالات القضاء، ألا وهو القضاء الإداري الذي يفصل في منازعة لا توازن في القوة بين طرفيها وهما الإدارة بما تحت

= ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي . وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في الدعاوى . ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار اداري من رقابة القضاء " .
أنظر في تفصيل ذلك : دكتور / ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري- ١٩٩٩- ص٤٨وما بعدها .

(١) الفقرة الثانية من البند (٢) من المادة ٩٩ من الدستور .

(٢) البند (٣) من المادة (٩٩) من الدستور .

يديها من امكانيات السلطة العامة، وأحد الأفراد.

وطالب الإذن إما أن يكون محقاً في الدعوى المراد رفعها، وإما ألا يكون كذلك فإن كان على حق فمن الظلم منعه من رفع دعواه للحصول على حقه، بل وينبغي - إذا تبين لمستشار الحكومة ذلك - أن يوصي برد الحق لصاحبه واعفائه من مشقة التقاضي. أما إذا لم يكن طالب الإذن على حق فلا يضير الحكومة في شئ أن تتركه يترافع إلى القضاء مستخدماً حقه الطبيعي والدستوري في التقاضي، ليحكم القضاء بعد ذلك برفض دعواه.

كما أن الثقة في عدالة القضاء تقتضي ترك الأفراد يترافعون إليه ضد دوائر الدولة دون خشية من الحق أو العدل الذي تعبر عنه أحكامه. فإن جاءت تلك الأحكام لصالح الأفراد، فإن الصالح العام يقتضي تنفيذها ورد الحقوق إلى أصحابها رفعاً للظلم الذي وقع عليهم من الإدارة باعتراف القضاء. ولنتذكر قول رسول الله ﷺ: «اتقوا الظلم، فإن الظلم ظلمات يوم القيامة»[1]. وإن جاءت أحكام القضاء برفض دعاوى الأفراد، فقد تمتعوا بحق التقاضي ولم تخسر الإدارة شيئاً[2].

(١) رواه مسلم.

(٢) ولعله مما يتفق وتشجيع الاستثمار واجتذاب رؤوس الأموال والنهضة العمرانية التي تشهدها إمارة دبي في الوقت الحاضر ترك باب التقاضي ضد دوائر الإمارة مفتوحاً لمن يشاء. ولعل مثل تلك المشاكل القضائية هي من أهم الأسباب التي تدفع المتعاملين مع دوائر الإمارة عادة إلى الاتفاق على التحكيم لحل ما قد ينشأ عن عقودهم من منازعات.

رابعاً : خطورة منع الشكوى القضائية

قد يقال إن الهدف من وجوب استئذان الحاكم قبل رفع الدعاوى الادارية هو محاولة انهاء المنازعات الادارية بطريقة ودية إذا ما تبين لمستشار الحاكم أن طالب الإذن على حق في شكواه، بدلا من تركه يجهد نفسه ويترافع إلى القضاء. وهذا هدف طيب ومقبول ولكنه متحقق بالفعل في نظام التظلم الإداري، مع تفادي عيوب نظام الاستئذان للتقاضي. وذلك لأن التظلم، حتى ولو كان وجوبيا يمثل شرطا لقبول الدعوى لا يمنع من الترافع إلى القضاء بعد تقديمه، بخلاف الحال في نظام الاستئذان حيث تكون امكانية رفع الدعوى معلقة على الحصول على الإذن بها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. وما دام نظام التظلم الإداري متاح بغير حاجة إلى نص وأكده الدستور الاتحادي حين نص في المادة ٤١ منه على حق الشكوى لمختلف الجهات بما فيها الجهات القضائية، فينبغي الاكتفاء به وإلغاء نظام الاستئذان للتقاضي الذي قد يساء استخدامه بما من شأنه أن يمس العدالة.

إن إغلاق باب الطعن القضائي في تصرفات السلطة الإدارية وحرمان صاحب المظلمة من الشكوى إلى قاضيه الطبيعي، سوف يشعره بالظلم مرة ثانية لمجرد حرمانه من حق التقاضي، ولو لم يكن من الناحية الموضوعية على حق في شكواه الأصلية. وللشعور بالظلم آثار سيئة على كل من النفوس والأعمال تضر بالمصالح الخاصة والعامة على السواء.

كما أن إغلاق باب القضاء البشري أمام الشاكي، سوف يدفعه فطرياً إلى الشكوى إلى من لا يغلق أبوابه . وما أخطر ذلك وإن استخف به البعض، وقد قال رسول الله ﷺ لقاضيه معاذ بن جبل عندما أرسله إلى اليمن : " اتق دعوة المظلوم، فإنه ليس بينها وبين الله حجاب "[1] .

وكان رسول الله ﷺ يحث أصحابه على ابلاغه بحالات ومظالم الناس الذين لا يستطيعون ابلاغها له، فيقول لهم " أبلغوني حاجة من لا يستطيع ابلاغها فإن من أبلغ ذا سلطان حاجة من لا يستطيع إبلاغهاثبت الله قدميه يوم تزل الأقدام " .

خامساً : مبادئ محكمة تمييز دبي

قامت محكمة تمييز دبي بإرساء وتأييد عدد من المبادئ القانونية ذات الأهمية، سواء تفسيراً للنصوص الدستورية والقانونية أو تأكيداً لبعض المبادئ العامة ذات الأصول القضائية . ومن أحدث أحكام المحكمة في هذا المجال حكمها المتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر دستوري للتشريع، وحكمها الخاص بتكليف الأفراد بالخدمات العامة، على ما نوضحه فيما يلي :

(١) متفق عليه .

الشريعة كمصدر للقانون :

قضت محكمة تمييز دبي بأن " ما نص عليه في المادة السابعة من الدستور من أن أحكام الشريعة هي مصدر رئيسي للتشريع ليس واجب الاعمال بذاته، وإنما هو دعوة للشارع أن يتخذ الشريعة مصدراً رئيسياً لما يسنه من قوانين . ومن ثم فإن أحكام الشريعة لا تكون واجبة التطبيق بالتعويل على نص الدستور إلا إذا استجاب المشرع لدعوته وأفرغ هذه الأحكام في نصوص تشريعية محددة تنقلها إلى حيز العمل والتنفيذ . ولما كانت المادة الرابعة فقرة أولى من قانون تشكيل المحاكم في إمارة دبي رقم ٣/ ٢٩ قد نصت على أن تمارس المحاكم صلاحيتها بمقتضى القوانين المعمول بها في إمارة دبي، فمن ثم فإن الأحكام الواردة في قانون العقوبات هى الواجبة الأعمال "[١] .

التكليف بالخدمة العامة :

قضت محكمة تمييز دبي بأن الدولة قد تفرض التزاماً على بعض الأفراد بأداء خدمات عامة، بغض النظر عن عدم ارتباطهم الوظيفي بها، ويستوي أن يكون العمل المكلف به دائماً أو مؤقتاً، بمقابل أو بغير مقابل، بإرادة الشخص أو بناء على تكليف من السلطة العامة . ويشترط لصحة التكليف بالخدمة العامة أن يصدر ممن يملكه " . وذلك استناداً إلى أن المادة الخامسة فقرة أخيرة من قانون العقوبات تنص على أنه " يعد مكلفاً بخدمة عامة – في حكم هذا القانون – من يقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة

(١) حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٧٨ لسنة١٩٩٩ "جزاء" الصادر بجلسة ١٩٩٩/١٠/١٦ .

العامة بناء على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين والنظم المقررة. وذلك بالنسبة إلى العمل المكلف به "[٢].

(٢) حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٥٥لسنة١٩٩٩ "جزاء" الصادر بجلسة ١/٥/١٩٩٩.

خاتمة

أخذت دولة الإمارات العربية المتحدة - كغيرها من دول الخليج العربي - بنظام القضاء الموحد الذي يضطلع القضاء فيه بالفصل في كافة المنازعات الإدارية وغير الإدارية التي تثور على أقليم الدولة.

ونظراً للطبيعة الاتحادية للدولة فقد تم توزيع الاختصاص القضائي بين الاتحاد والإمارات الأعضاء على نحو معين، فحدد الدستور اختصاصات القضاء الاتحادي، وترك جميع المسائل القضائية الأخرى لتتولاها الهيئات القضائية لكل إمارة في نطاقها الأقليمي. غير أنه قد تم نقل الاختصاصات القضائية - بناء على طلب أولي الأمر - في كل من إمارات أبوظبي، والشارقة وعجمان والفجيرة وأم القيوين إلى المحاكم الاتحادية، تطبيقاً لنص المادة ١٠٥ من الدستور الاتحادي. ولم يبق من الهيئات القضائية المحلية غير محاكم إمارتي دبي ورأس الخيمة. وقد اعترف الدستور صراحة بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فنص على اختصاص القضاء الاتحادي بنظر المنازعات الإدارية[1]. كما أكدت المحكمة الاتحادية العليا رقابة القضاء على مشروعية أعمال الإدارة تدعيماً لمبدأ سيادة القانون.

وقامت المحاكم الاتحادية بالفعل بالفصل فيما عرض عليها من منازعات إدارية مطبقة عليها - بالإضافة إى التشريعات الإدارية القائمة - المبادئ العامة للقانون التي

(١) أنظر المواد من ٩٩-١٠٥ من الدستور.

استقرت عليها أحكام المحاكم في دول القضاء الإداري المستقل، خاصة مصر وفرنسا.

غير أنه لا توجد في دولة الإمارات العربية المتحدة دوائر قضائية متخصصة للفصل في المنازعات الإدارية، رغم ما لهذه المنازعات من طبيعة خاصة ترجع إلى وجود الإدارة كطرف فيها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، وتستهدف تحقيق النفع العام. وذلك رغم حرص المشرع على النص على إقامة دوائر جنائية، بالإضافة إلى الدوائر الأخرى المخصصة لنظر المواد المدنية والتجارية والمواد الأخرى. وكان النص على إنشاء الدوائر الإدارية أجدر وأولى.

وتنظر المنازعات الإدارية الاتحادية في دولة الإمارات على ثلاث درجات بالنسبة للإمارات التي نقلت اختصاصاتها القضائية إلى المحاكم الاتحادية، إذ تنظر هذه المنازعات أمام محكمة أبوظبي الاتحادية الابتدائية والمحاكم الاتحادية الإبتدائية في الإمارات المعنية وتستأنف أمام المحاكم الاتحادية الاستئنافية ويطعن فيها بالنقض أمام المحكمة الاتحادية العليا. وذلك على الرغم من أن الدستور لم يشر من قريب أو بعيد إلى وجود المحاكم الاتحادية الاستئنافية التي أنشأها قانون السلطة القضائية، وإنما اقتصر على إجازة استئناف أحكام المحاكم الاتحادية الابتدائية أمام احدى دوائر المحكمة الاتحادية العليا.

أما بالنسبة لإمارتي دبي ورأس الخيمة اللتين لم ينشأ بهما قضاء اتحادي، فإن الرأي القائل باختصاص المحكمة الاتحادية العليا بنظر منازعاتهما الإدارية كمحكمة أول وآخر درجة يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة تمس مبدأ المساواة بين مواطني الاتحاد في التمتع بحق التقاضي بدرجاته المتعددة. لذلك فمن الأفضل تأييد الرأي الآخر الذي يجعل الاختصاص بنظر هذه المنازعات للمحكمة الاتحادية الابتدائية في العاصمة. لأن ذلك يؤدي إلى تعدد درجات التقاضي المتاحة، إذ تستأنف أحكام تلك المحكمة أمام محكمة أبوظبي الاستئنافية التي يمكن الطعن في أحكامها أمام المحكمة الاتحادية العليا.

وللمنازعات الإدارية في إمارة دبي وضع خاص، يختلف عما هو عليه الحال في باقي الإمارات: فيستلزم القانون المحلي موافقة الحاكم كشرط لقبول أي دعوى تقام ضد الحاكم أو الحكومة في الإمارة. ومعنى ذلك أنه يجب الاستئذان لكي يسمح المشكو في حقه للمتظلم منه بأن يشكوه إلى القضاء. وهذا القانون غير دستوري يخالف نص المادة ٤١ من الدستور الذي يقرر حق التقاضي أو حق كل إنسان في الشكوى إلى الجهات القضائية. غير أنه لا يجوز للأفراد - بحكم الدستور- الطعن في مثل هذه القوانين المحلية أمام المحكمة الاتحادية العليا، لأنها غير مخولة بنظرها إلا إذا طعن فيها أمامها بواسطة إحدى السلطات الاتحادية، أو أحيل إليها الطلب من محكمة أخرى وهى بصدد دعوى منظورة أمامها.

فكرة حُسن النيَّة في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة

"دراسة تأصيلية"

إعداد

د. محمد السيد عرفة *

*كلية الملك فهد الأمنية – بالرياض– المملكة العربية السعودية،

ملخص البحث

يتناول هذا البحث بيان معنى فكرة حُسن النية في اللغة العربية وفي مجال الجنسية، وهي تعني التزام السلوك القويم المشروع الذي يتطلب الصدق والاستقامة والأمانة والنزاهة في التعامل، وغياب نيَّة الغش والإضرار بالغير. وهي فكرة ذات مضمون موضوعي.

كما يتناول البحث تطبيقات هذه الفكرة في مجال الجنسية في ضوء القواعد المستقرة في القانون المُقارن، ومدى إمكانية اعتبار بعض نصوص قانون الجنسية الإماراتي تطبيقاً لها، حيث اتضح من دراسة هذه النصوص أن هذا القانون قد أعطى لهذه الفكرة مكانة هامة، سواء فيما يتعلق بحُسن نيَّة الدولة عند وضع الأحكام المُنظمة لجنسيتها أم فيما يتعلق بسلوك الأفراد سواء عند اكتسابهم لجنسيتها أو فقدهم أو إثباتهم لها، أم فيما يتعلق بحُسن نية الغير الذي يتعامل مع من يحمل جنسية الدولة عندما يحدث تغيير في المركز القانوني له. وهذه الدراسة تُعتبر دراسة تحليلية وتأصيلية لنصوص هذا النظام في ضوء القانون المقارن.

وتنقسم الدراسة إلى مبحثين وخاتمة:

المبحث الأول: مفهوم فكرة حُسن النية.

المبحث الثاني: تطبيقات فكرة حُسن النية في مجال الجنسية الإماراتية.

والخاتمة: وهي تتضمن خلاصة البحث.

ومن خلال البحث اتضح أن قانون الجنسية الإماراتي تضمن عدة تطبيقات لفكرة حُسن النية على ضوء ما تسير عليه القوانين المقارنة، منها ما يتعلق بالدولة ذاتها، ومنها ما يقع على عاتق الفرد فيلتزم بعدم الغش أو التزوير في أوراق اكتساب الجنسية حتى لا يتعرض لسحبها منه، ويلتزم كذلك بالسلوك القويم عند إثباته للجنسية. ويتضمن مبادئ تقضي بحماية الغير حَسني النية الذين يتعاملون مع من يحمل الجنسية الإماراتية عند إعمال فكرة الأثر الرجعي لأحكام الجنسية.

مقدمة :

لقد أعد الباحثون وشراح القوانين الوضعية دراسات متعمقة حول فكرة حُسن النيَّة في فروع القانون المختلفة، وعُقدت المؤتمرات الدولية لدراسة جوانبها المُتعددة[1] كما تناول فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء، في كتاباتهم عن المعاملات الشرعية، ما ينبغي أن يسود هذه المعاملات - وأهمها العقود - من أمانة وثقة وتعاون وبعد عن الغش والتدليس والكذب[2].

وتلعب هذه الفكرة دوراً هاماً في مواضيع القانون الدولي الخاص، وأهمها مادة الجنسية. وحتى يُمكن الإحاطة بهذا الدور، نُخصص جانباً من دراستنا لتطبيقات

(١) يُعبر عن هذه الفكرة بالفرنسية بكلمة La bonne Foi وباللغة الإنجليزية بكلمة Good Faith، وتُستخدم عبارتين في اللغة الألمانية Treu und Gluben، Guter Glaube للدلالة عليهما. وقد عُرفت فكرة حُسن النيَّة في القانون الروماني تحت مفهوم الصدق "Fides" أو النيَّة وفكرة bona Fides، انظر في هذا المعنى:

B. Hermesdrof "La Fides dans le droit privé du code justinien", acta congressus juridict internationalis", (Rome, 12-17th nov. 1943) vol. 1. 1935, p. 164.

وراجع بصفة خاصة حول المؤتمرات التي عقدت لدراسة حُسن النيَّة: أعمال مؤتمر جمعية "هنري كابيتان" الذي عُقد بولاية لويزيانا بالولايات المتحدة الأمريكية في الفترة من ١٨ إلى ٢٢ مايو ١٩٩٢ حول موضوع "حُسن النيَّة"، حيث تناول المؤتمرون دور حُسن النيَّة في فروع القانون المختلفة، وتم نشر أعماله في الكتاب السنوي الذي يصدر عن الجمعية المذكورة، طبعة ١٩٩٤م لدى Litec باريس.

(٢) الهادي السعيد عرفة: "حُسن النيَّة في العقود: دراسة مقارنة لمفهوم حُسن النيَّة وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، بحث منشور بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، العدد الأول، السنة الأولى، أكتوبر ١٩٨٦م - صفر ١٤٠٧هـ، ص ١٤٣.

فكرة حُسن النيَّة في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك بعد تحديد مفهومها.

أهمية الدراسة ومنهجها:

نُحاول في هذه الدراسة أن نُلقي الضوء على أحد المبادئ القانونيَّة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية[1]، وهو مبدأ حُسن النيَّة، وذلك من خلال التعرف على مفهومه لدى شراح القانون الوضعي والقضاء، وتطبيقاته في قانون الجنسية الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢م في شأن الجنسية وجوازات السفر في دولة الإمارات العربية المتحدة، لنكشف عن مدى اتفاق قواعد هذا القانون أو اختلافها عن القواعد المُستقرة في الأنظمة القانونيَّة المُقارنة في مجال الجنسية، ومن ثم نُشير إلى الجوانب الإيجابية فيه، والجوانب السلبية إن وجدت، وهذا لا شك هدف هام من كل دراسة قانونيَّة تحليلية أو تأصيلية.

وتحقيقاً لهذا الهدف سوف نتبع المنهج التأصيلي المقارن، حيث نتتبع أحكام قانون الجنسية الاتحادي، ورد القواعد التي وردت به إلى القواعد الكلية المُستقرة في مجال الجنسية في القوانين المعاصرة.

---

(١) راجع في هذا المعنى:
Mohammad El-Sayed Arafa: "La bonne Foi en international privé", Rapport egyptien presente aux journées louisianaises de l' Assiciation Héneri Capitant, Travaux de l' Association H. Capitant, Tome XI III, 1992, Paris, Litec, p. 533 - 546.

وإذا كانت فكرة حُسن النيَّة ليست فكرة حديثة، بل هي من الأفكار المعروفة في كافة الأنظمة القانونيَّة القديمة والحديثة على حد سواء، إلا أن أهميتها تزايدت في العصر الحاضر، حيث بدأت تحتل مكاناً هاماً في عقود التجارة الدولية، في مراحل تكوين العقد وتفسيره وتنفيذه، لا سيما عندما تكون الدولة طرفاً في العقد[1].

لذا فقد ظهرت اتجاهات حديثة، في قضاء التحكيم التجاري الدولي في الآونة الأخيرة، تنادي بضرورة تحرير العلاقات التعاقدية عبر الدول من سلطان القوانين الوطنيَّة، وتدويلها، من خلال إخضاعها للمبادئ العامة السائدة لدى الدول المُتمدينة أو لعادات وأعراف التجارة الدولية[2]، ولكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية يُظهر أنها كانت سبَّاقة في تقرير مبدأ حُسن النيَّة كأحد المبادئ العامة للعلاقات الدولية العامة والخاصة، ومن بينها العلاقات التي تتم في إطار قوانين الجنسية، سواء بين الدول والأفراد، أم بين الأفراد في علاقاتهم الخاصة.

ومن ثم نقسم بحثنا إلى مبحثين هما:

---

(١) راجع حول هذا النوع من العقود:
Le Boulanger (Ph.): Contrats entre Etates et entreprises étrangères", éd. Economica, Paris, 1985.
وراجع كذلك حول المشاكل التي يُثيرها هذا النوع من العقود وكيفية تسويتها عن طريق التحكيم الدولي: مجموعة المراجع المنتقاة والتي أعدتها مكتبة قصر السلام التابعة لمركز الدراسة والبحث بأكاديمية القانون الدولي بلاهاي بعنوان:
L' artbitrage transnational et les contrats d' Etat, 1987.

(٢) راجع مقالة الأستاذ P. Rambaud بعنوان " " والمنشورة في الكتاب السنوي الفرنسي للقانون الدولي المعروف باسم .A.F.D.I، ١٩٨٤م، ص. ص. ٣٩١ : ٤٠٨.

المبحث الأول: مفهوم فكرة حُسن النيَّة.

المبحث الثاني: تطبيقات فكرة حُسن النيَّة في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة.

المبحث الأول
مفهوم فكرة حُسن النيَّة

الواقع أن فكرة حُسن النيَّة من الأفكار الشائعة une notion commmune في الغالبية العظمى من النظم القانونيَّة المعاصرة [1]، حيث تُخصص هذه النظم لها مكاناً هاماً. ولكن من النادر أن يهتم المشرعون بتحديد معناها تحديداً واضحاً. ومن ثم يقع على عاتق الفقه والقضاء في كل دولة مهمة بيان المقصود بها عندما يتم اللجوء إليها في مناسبات متعددة. لذا فإن الدور الذي تلعبه هذه الفكرة ليس واحداً في كافة النظم القانونيَّة، وإنما يختلف من نظام قانوني إلى آخر. كما توجد خلافات من حيث الدرجة من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى. ويختلف استخدام هذه الفكرة في فروع القانون الداخلي عنه في القانون الدولي.

---

(١) راجع في هذا المعنى:
Elizabeth Zoller: "La Bonne Foi en Droit international public", thèse, Paris II, 1977, p. 24, No. 24.

وانظر كذلك:
Mohammad El-Sayed Arafa: "La bonne Foi en international privé", Rapport égyptien présenté aux journées louisianaises de l' Assiciation Héneri Capitant, Travaux de l' Association H. Capitant, Tome XI III, 1992, Paris, Litec, p. 533 - 546.

ولما كانت فكرة حُسن النيَّة لها معنى لغوي وآخر اصطلاحي قال به الفقهاء واستخدمه القضاء في العديد من أحكامه، كما استخدمتها النظم القانونيَّة المختلفة السائدة في عالمنا المعاصر، فإن تحديد مفهوم هذه الفكرة يتطلب أن نوضح معناها اللغوي والاصطلاحي، حتى يسهل فهم مضمونها في مجال الجنسية الإماراتية، وذلك في مطلبين على النحو التالي: -

المطلب الأول
معناها اللغوي

إن الباحث في علوم اللغة العربية ليجد مفهوماً محدداً لعبارة " حُسن النيَّة ": فالنيَّة هي القصد مطلقاً. تقول: نويته أنويه، أي قصدته. والاسم: النيَّة، ثم خُصت النيَّة في غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر معين[1]. فيقال: نَويت نيَّة ونواة أي عزمت. ونويته تنوية أي وكَلْته إلى نيته[2]. والنَوى: النيَّة مخففة، ومعناها القصد لبلد غير البلد الذي أنت مقيم فيه. وفلان ينوي وجه كذا أي يقصده من سفر أو عمل. والنوى: الوجه الذي تقصده. وفي الحديث الشريف: "نيَّة الرجل خير من

---

(١) انظر المصباح المنير: ج٢، ص ٨٦٨؛ ومختار الصحاح: ص ٦٨٧؛ والمنجد في اللغة العربية: ص ٨٤٩.

(٢) انظر لسان العرب للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي - المصري - دار صادر - دار بيروت للطباعة والنشر، ١٩٥٦م - ١٣٧٦هـ، المجلد الخامس عشر، ص ٣٤٧، باب "نوي"، فصل النون. وراجع لسان العرب المشار إليه آنفاً، المجلد ١٢، ص ١١٤، باب: "حُسن".

عمله" ، وقوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى . . . " . فالنيَّة هي الأمر والوجه الذي تنويه[1] .

أما الحُسن في اللغة فهو ضد القبح ، والجمع محاسن . ويقال حُسن الشيء حُسناً ، وحُسن الشيء تحسيناً زَيَّنه ، وأحُسن إليه وبه ، وهو يُحُسن الشيء أي يعلمه ويستحُسنه ويعده حُسناً . والحَسنة ضد السيئة . والمحاسن ضد المساوئ . والحُسنى ضد السوءى . فالحُسن كلمة يفهم منها كل ما هو جميل ومحمود وممدوح . قال الأزهري : الحُسن نعت لما حُسن . حُسن يُحُسن حُسناً ، فهو حَاسن وحُسن[2] . وقيل الحُسن ضد القُبيح[3] .

---

(١) وانظر : "معجم اللغة" لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي المتوفى سنة ٣٩٥هـ، دراسة وتحقيق زهير عبد المحُسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ-١٩٨٤م، باب الحاء والسين وما يثلثهما؛ وانظر أيضاً : المصباح المنير المشار إليه آنفاً، ص١٦٥ ، الجزء الأول (الحاء والسين وما يثلثهما)؛ وانظر كذلك طريقة ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة للأستاذ الطاهر أحمد الزاوي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، ص٦٤٣ ، باب الحاء (حُسن) .

(٢) انظر في هذا المعنى عبد الكريم زيدان : "مجموعة بحوث فقهية" ، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة بغداد، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ٢٤٩ ؛ الهادي السعيد عرفة : حُسن النيَّة في العقود : دراسة مقارنة لمفهوم حُسن النيَّة وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني" ، مشار إليه آنفاً، ص ١٤٧ .

(٣) "معجم اللغة" لأبي الحسين أحمد بن فارس زكريا اللغوي المتوفى سنة ٣٩٥هـ، دراسة وتحقيق زهير عبد المحُسن سلطان - مؤسسة الرسالة ببيروت - الجزء الأول - الطبعة الأولى، ١٤٠١هـ-١٩٨٤م، باب الحاء والسين وما يثلثهما ؛ راجع كذلك المصباح المنير، والمشار إليه آنفاً، ص ١٦٥ ، الجزء الأول (الحاء والسين وما يثلثهما) ؛ وكذلك طريقة ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة للأستاذ الطاهر أحمد الزاوي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، ص ٦٤٣ ، باب الحاء : (حُسن) .

ويتضح من هذا أن النيَّة هي "القصد". فإذا "حُسنت النيَّة ترتبت عليها أحكام شرعية وقانونيَّة معينة". وإذا كانت النيَّة سيئة ترتبت عليها على العكس أحكام أخرى. ويتفق هذا المعنى اللغوي للنيَّة مع معناها في الشريعة الإسلامية[1].

المطلب الثاني
المفهوم الاصطلاحي لفكرة حُسن النيَّة

لقد حاول الكثير من الكتاب والباحثين توضيح فكرة حُسن النيَّة وتنظيم منهجها وإعطاءها معنىً موحداً، ولكن هذه المحاولات لم تُفلح، نظراً لأنها فكرة معقدة ومطاطة، حيث تلعب النيَّة والإرادة دوراً كبيراً في تحديد مضمونها، من ناحية، كما أن بعض النظم القانونيَّة التي تعرفها لا تجعل لها إلا مكاناً احتياطياً في النظام القانوني، من ناحية ثانيَّة، يُضاف إلى ذلك أن النيَّة في جوهرها فكرة أخلاقيةودينيَّة واجتماعية تترك للإرادة، ويصعب في بعض الأحيان ترتيب آثار قانونيَّة عليها. ولهذا نجد أن معنى حُسن النيَّة لدى الفقهاء والقضاء في مختلف الدول يدور حول مفهومين: الأول: يركز على الجانب الشخصي أو الذاتي لفكرة حُسن النيَّة، والثاني: يستند إلى معيار موضوعي لهذه الفكرة[2]، وسنخصص فرعاً مستقلاً لكل منهما: -

(١) راجع (زيدان) عبد الكريم: "مجموعة بحوث فقهية"، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة بغداد، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ص ٢٤٩. ؛ كذلك الهادي السعيد عرفة، الإشارة إليه، خاصة ص ١٤٧.

(٢) راجع حول حُسن النيَّة الشخصي وحُسن النيَّة الموضوعي المادتين ٢، ٣ من القانون المدني =

الفرع الأول
المفهوم الشخصي لحُسن النيَّة
"La conception subjective"

يأخذ فريق من الفقه والقضاء الفرنسي بالمفهوم الشخصي أو الذاتي لحُسن النيَّة . هذا ما يتضح من أحد الأحكام القضائية الحديثة الصادرة من محكمة استئناف فرساي بفرنسا، الصادر عن الدائرة الأولى في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٩م في قضية "جوميه" ضد "رويل مالمازون" حول اكتساب الشخص الذي بنى في ملك الغير بحُسن نيَّة ملكية الأرض، طبقاً لما تقرره المادة ٥٥٥ من القانون المدني الفرنسي، حيث أيد هذا الحكم حكم المحكمة الابتدائية لنانتير الصادر عن الدائرة الأولى في أول يونيو ١٩٨٨م . إذ قضت المحكمة أن حُسن نيَّة مشيد البناء يتطلب - كما هو معروف تقليدياً - أنه يجهل وقت التشييد أن الأرض يمتلكها الغير، وهو ما يتفق بصفة عامة مع الحالة التي يجهل فيها المشتري عيوب سند الملكية[1] .

= السويسري، مشار إليه في التقرير المقدم من الأستاذ Pierre Van Ommeslaghe إلى مؤتمر جمعية أصدقاء الثقافة الفرنسية، سابق الإشارة إليه، راجع ص ٢٧ من الكتاب السنوي للجمعية، طبعة ١٩٩٤م، بعنوان "حسن النيَّة".

(١) ويُطلق عليه تسمية "Expoux Gomez c/ commune de Rueil-Malmaison" . راجع حول هذا الحكم:

G. Marty et P. Raymond, "Traité de droit civil", les Biens, 2e éd., 132, H.L. ETJ. ; Mazeaude et F Chobas: "Lesons de droit civil", t. III, 2e vol. No. 1977, Rev. dr. immob., Paris, 1990, p. 69.

وراجع كذلك حول المفهوم الشخصي لحُسن النيَّة أحكام محكمة النقض الفرنسية الآتية:

Civ. 3e du 3 Mai 1983, Bull. Civ., III, No. 102, p. 81, Rev. dr. immob. 1984, p. 31, civ. 3e, 8 Oct. 1974,). 1974, II, 431, Note R. Fabre, J.C.P., 1975, II, 17930, Olis. H. Thuillier.

وتأخذ محكمة النقض الفرنسية بمفهوم واسع لفكرة حُسن النيَّة مفضلة الجانب الشخصي، حيث تستعمل عبارات تدل عليه مثل "الجهل المغتفر" L' ignorance execusable و"الاعتقاد الخاطئ" La croyance erronneé في حكمها الصادر في ١٦ فبراير عام ١٨٦١م في قضية "ليزاردى" L' Affaire Lizardi الشهيرة، التي استخدمت فيها المحكمة لأول مرة تعبير "حُسن النيَّة" "La Bonne foi"، فذكرت أنه: يكفي لصحة العقد أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد بدون خفة sans legèreté وبغير رعونة et sans imprudence وبحُسن النيَّة. وأضافت قولها: "مما يعني أنهم قد تصرفوا بكامل حُسن نيتهم[1] ils ont agi avec une entiére bonne foi

وقد أخذ فريق من الفقه المصري بالمفهوم الشخصي أو الذاتي لحُسن النيَّة: ففي مجال كسب الحقوق عرفه بعضهم بأنه: "التيقن القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفاً ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونيَّة من شأنها حماية ذي المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونيَّة"[2].

(١) راجع هذا الحكم منشوراً في مجلة (سيرى) ١٨٦١م، ص ٣٠٥ مع تعليق الأستاذ Massé عليه؛ وكذلك في حولية "دالوز"، ١٨٦١م؛ رقم ٢، ص ١٩٣؛ راجعه كذلك في مؤلف الأستاذان B. Ancel و Y. Lequtte بعنوان: "الأحكام الكبرى للقضاء الفرنسي في القانون الدولي الخاص"، طبعة سيري، باريس، ١٩٨٧م، القضية رقم ٣، ص٣٦٩.

(٢) حسين عامر: "التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود"، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٣٧٩هـ-١٩٦٠م، ص ٧٦ بند ١٣٤.

وفي مجال العقود عرَّفه البعض الآخر بأنه: "الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد"[1]. كما يصور بعضهم حُسن النيَّة في عبارات أخرى بقوله: "إنه تصوير لتلك النوايا المتئدة الخالية من الصرامة، والعنف وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف، كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذ عقده، ولكن بغير الإفراط الذي يؤدي إلى الإضرار بمصالح الغير"[2].

والحقيقة أن هذه العبارات الرنانة يعيبها أنها تتسم بعدم التحديد وبعدم الوضوح، كما أنها تشير إلى الآثار التي تترتب على حُسن النيَّة أو الغاية المقصودة منه، دون تحديد لماهية حُسن النيَّة ذاته[3]. ولهذا فقد اتجه فريق من الفقه الذي يأخذ بالمفهوم الشخصي لحُسن النيَّة إلى تعريف هذا الأخير بأنه: "الاعتقاد المخالف للحقيقة"، أي اعتقاد الخلف بأنه يتلقى الحق من صاحبه الفعلي[4]، وبالتالي فإن سوء النيَّة هو عبارة عن الغش وسوء القصد، إذ هو يطابق الخطأ وفقاً لقواعد

---

(١) حسين عامر، المرجع السابق، ص ٧٧ ـ ٨٧، بند ١٣٥

(٢) حسين عامر: "القوة الملزمة للعقد"، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٤٩م، ص ٣٨ بند ٣٠.

(٣) في نفس المعنى الهادي السعيد عرفة، بحث سابق، ص ١٤٣.

(٤) محمود جمال الدين زكي: "حُسن النيَّة وكسب الحقوق الخاص"، رسالة دكتوراه باللغة الفرنسية، جامعة القاهرة، ١٩٥٢م، ص ١٨ بند ٤؛ نعمان خليل جمعة: "أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر"، بحث من مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية، طبعة ١٩٧٧م، ص ١٣١.

الأخلاق، وهو الذي ينحصر في تعمد وقصد الإضرار بالغير[1].

وطبقاً لهذا الرأي فإن حُسن النيَّة يفترض أن هناك غلطاً قد وقع فيه الغير، وهو أمر ذاتي ونفسي، وهو مفترض لأنه يتعلق بواقعة سلبية يقع عبء إثباتها على من يدعى خلافها.

ويبدو لنا أن هذا الرأي غير سديد، لأنه يركز على الجانب الشخصي في حُسن النيَّة وحده، ويجعل ترتيب الآثار القانونيَّة على الأفعال والتصرفات القانونيَّة مرتكزاً على إرادة الشخص الذي يدعي حُسن نيته وحده. كما أنه يقصر هذا التعريف على جانب من جوانب المعاملات دون الجوانب الأخرى. ونرى أن الأخذ بالمفهوم الشخصي لفكرة حُسن النيَّة يجعلها تتصف بعدم الثبات I ' incertitude لارتباطها بنيَّة المخاطب بها.

الفرع الثاني
المفهوم الموضوعي لحسن النية
La conception objective

يذهب فريق آخر من شراح القانون الوضعي إلى رفض المفهوم الشخصي أو الذاتي لحُسن النيَّة، الذي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقة L' ignorance erronée أو الجهل بالعيب الذي شاب التصرف أو السند، ويرون أن حُسن النيَّة عبارة عن

(١) راجع: نعمان جمعة، بحث سابق، ص ١٣١؛ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند ١٨؛ الهادي السعيد عرفة، بحث سابق، ص ١٥٢.

الغلط المبرر المشروع، والذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب المتعاقد أو الغير[(١)]. وبعبارة أخرى أنه يجب - حتى يمكن التمسك والدفع بحُسن النيَّة - أن يتم إثبات انتفاء أي خطأ قانوني تقوم به المسئولية المدنيَّة في جانب الشخص الذي يدعي حُسن نيته. ولذا فإن ربط سوء النيَّة بالجانب الأخلاقي - كما يذهب الاتجاه السابق - سيؤدي إلى نتيجة غير مقبولة وسيئة الآثار: وهي أن القانون يحابي المهملين ويكافئهم على إهمالهم واستهتارهم.

لذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن الغلط المبني على الجهل هو عبارة عن حالة سلبية نفسية وداخلية خاصة بالإنسان، وبالتالي يصعب إقامة الدليل عليها أو إثبات عكسها. لذا يجب الالتجاء - لا إلى معيار شخصي، كما يذهب أصحاب الرأي السابق - بل إلى معيار موضوعي، نقيس به سلوك الغير على سلوك الشخص المعتاد، أو ما يطلق عليه سلوك رب الأسرة الحريص. فإذا ثبت أنه قد تعمد التعامل مع العلم بانعدام صفة المتصرف، أو مع العلم بالعيب، أو ثبت أنه لم يتخذ الحيطة والحرص الذي لم يلتزم به عادة، الشخص المعتاد، كان سيئ النيَّة، ومن ثم يُحرم من الحماية القانونيَّة المقررة[(٢)].

---

(١) نعمان جمعة، بحث سابق، ص ١٣٤ ؛ محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، بند ٨ و ١٠ و ١٧.

(٢) وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها الحديثة بالمفهوم الوضعي لحُسن النيَّة: من ذلك حكمها الصادر في ٢٨ يناير ١٩٨٧م:

Civ. 3e 28 Janv. 1987, D - 1987, Somm. Comm - 15, olis. A. Robert

ونحن نتفق مع فريق من الفقه الراجح في القول بأنه يصعب الأخذ بأحد الاتجاهين السابقين على حدِيِّه في تحديد مفهوم حُسن النيَّة: إذ يصعب قصر معناه على الجهل بالعيب L' ignorance excusable، أو على الغلط المبرر المشروع L'erreur légitime، لأن هذه العناصر، وإن كان يمكن أن تلتقي في بعض الظروف، إلا أن التطابق بينها غير كامل. فالجهل هو عدم العلم بأمر معين، والغلط هو وهم يُصيب الشخص فيجعله يعتقد بما يخالف الحقيقة. أما الخطأ فهو سلوك مُدان ومَعيب لمخالفته للصواب وما يجب أن يكون عليه الشخص المعتاد، لمخالفته لأحد الواجبات التي يلتزم بها هذا الشخص[1].

لذا فإن تحديد مفهوم عبارة "حُسن النيَّة" تحديداً دقيقاً يتطلب أن نحدد معنى مكوناتها، أي أن نوضح معنى (النيَّة)، ثم معنى (الحُسن والسيئ)، حتى نصل إلى معنى "النيَّة الحَسنة" أو "النيَّة السيئة":

فالنيَّة: طبقاً لمعناها اللغوي، على نحو ما سبق أن بينا - هي "القصد وعزم القلب على شيء معين"[2]. فهي قرار داخلي يتخذه الشخص في مواجهة أمر ما، بتفكير أو بغير تفكير، متأثراً بكل ما يحيط به من عوامل داخلية وخارجية (كالرغبات

(١) نعمان جمعة، بحث سابق، ص ١٣٤.

(٢) راجع المصباح في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠هـ رحمه الله (١ - ٢) الجزء الأول، توزيع دار الباز، مكة المكرمة، دار الكتب العلمية، ص ٧٧٥، الجزء الثاني: (النون والواو وما يثلثهما) باب "نوى"؛ راجع كذلك حول معنى حُسن النيَّة في اللغة ما سبق ص ٢.

والشهوات والعواطف والضعف والمرض وغيره) . فالنيَّة هي إرادة، ولكنها إرادة باطنيَّة داخلية، بمعنى أن صاحبها لم يُعبِّر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني معين، وإلا لتحولت إلى تصرف قانوني منشئ لحقوق والتزامات .

ويمكن أن يُستدل على وجود النيَّة بطريق غير مباشر، وذلك عندما يُلابسها تصرف خارجي للشخص . وتظهر أهمية النيَّة عندما يقرر القانون تحديد وصف آثار تصرف معين على ضوء حُسن أو سوء نيَّة صاحبه، ومن ثم فإن النيَّة التي تظل كامنة ومستترة في نفس صاحبها دون علامات خارجية أو دون أن تُلابس تصرفاً معيناً، لا يُعْنَى القانون بها ولا يترتب عليها أي أثر[1] .

أما عن الحُسن والسوء فإنهما لدى شراح القانون عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع ما، والتي تنبع من القواعد والنواميس التي تسود هذا المجتمع . والحُسن والسوء بهذا المعنى يمكن تقريبهما إلى فكرتي الخير والشر[2] . ولكن هاتين الفكرتين عبارة عن معان غير محددة لا يمكن الاهتداء بها لتحديد معني " حُسن النيَّة وسوئها " . لذا يضع شراح القانون محددات أخرى لها مثل الأمانة، والإخلاص، والاستقامة، والعدالة، وعدم الجور، والبعد عن الغش[3] .

---

(١) نعمان جمعة، بحث سابق، ص١٣٤ ، ١٣٥ ؛ الهادي السعيد عرفة، بحث سابق، ص١٥٤ .

(٢) نعمان جمعة، بحث سابق، ص ١٣٧ .

(٣) المراجع المشار إليها في الحاشيتين السابقتين.

وعلى ذلك يكون الشخص حَسَنَ النيَّة إذا كان قد اختار الطريق الذي تفرضه الأمانة والإخلاص والاستقامة وأداء الواجب على أفضل ما يكون، وبالصورة التي يتمنى أن تؤدى له لو كان هو صاحب الحق. وعلى العكس يكون الشخص سيئ النيَّة إذا كان يقصد الخيانة والجور على حقوق الغير وقصد الإضرار به"[1].

وبذلك يرتكز حُسن النيَّة وسُوؤها على قواعد الأخلاق أكثر من ارتكازه على قواعد القانون، أي يستند على قواعد معنوية ولا يستند على قواعد مادية. ولما كانت قواعد الأخلاق هي قواعد مثالية لا تُرتب آثاراً قانونيَّة، فإن بعض فقهاء القانون قد ذهب إلى إعطاء حُسن النيَّة معنىً قانونياً، حتى ولو كان مخالفاً لمعناه الأخلاقي. فعرفوا "حُسن النيَّة" بأنه: "قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". ولذا يميزون في ذلك بين قصد الالتزام وبين الالتزام في ذاته. فقد يقصد الشخص احترام القانون، ومع ذلك تقع منه المخالفة، إما لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع، وإما لجهله بأحكام القانون، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات. فقصد الالتزام شيء مستقل تماماً عن التحقق الفعلي لهذا الالتزام[2].

لقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا المعيار لحُسن النيَّة في حكمها الصادر في ١٣ مايو ١٩٥٤م، إذ قضت بأن: "الغير سيئ النيَّة في معنى المادة ١٧/ ٢ من قانون

(١) الهادي السعيد عرفة، بحث سابق، ص ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٢) نعمان خليل جمعة، بحث سابق، ص ١٣٨.

تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م هو الذي يعلم بأن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله، أو بما يوجب فسخه، أما من يتعامل مع بائع له لم يثبت أنه سبق أن تصرف في المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية، فلا يُعتبر سيئ النيَّة في معنى المادة المذكورة، لأنه يكون في هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقي لا تشوب ملكيته شائبة، ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشترٍ سابق لم يُسجل عقده[1].

ويبدو من هذا الحكم أن محكمة النقض لم تعتد بالتواطؤ، ولم تعتبره سبباً موجباً لإفساد العقد المسجل، كما اعتبرت المشتري الثاني حسن النيَّة، حتى لو كان يعلم أن البائع له أو مورثه قد سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشترٍ آخر لم يسجل عقده، بل اعتدت المحكمة بالعقد المسجل، حتى لو كان هناك تواطؤ بين المشتري الثاني الذي سجل عقده وبين البائع له[2].

ونخلص من كل ما سبق إلى أنه إذا كان حُسن النيَّة بالمعنى القانوني هو قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون، وأن سوء النيَّة، على العكس، هو قصد عدم التزام بالحدود التي يفرضها القانون، أي هو قصد مخالفة الأحكام القانونيَّة والخروج

---

(١) راجع نقض مدني في ١٣ مايو ١٩٥٤م، مجموعة أحكام النقض رقم ١٢٨، ص ٨٥٦ سنة ٢١ق ؛ راجع كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٨ يناير ١٩٨٧م سالف الإشارة إليه آنفاً وتعليق الأستاذ روبير عليه بمجلة دالوز، ١٩٨٨م.

(٢) عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط"، الجزء الرابع حول عقد البيع والمقايضة، طبعة ١٩٦٠م، وخاصة ص ٥٤٤ ما بعدها.

عليها، فإن هذا المعنى القانوني يخالف كثيراً المعنى الأخلاقي لحُسن النيَّة، كما لا يتفق مع قواعد العدالة[1]. لذا فإن حُسن النيَّة في القانون الدولي الخاص يؤخذ بمعنييه القانوني والأخلاقي معاً، ذلك أن فكرة الجهل المُغتفر بأحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق على أهلية المتعاقد الأجنبي هي من التطبيقات الهامة لفكرة حُسن النيَّة في ظل القواعد التقليدية لتنازع القوانين. كما أن المعنى القانوني لفكرة حُسن النيَّة يُمكن الأخذ به في مجال المعاملات التي تتم في نطاق التجارة الدولية، لا سيما العقود الدولية عند إبرامها أو تنفيذها أو تفسيرها. بل إن الواجب العام المفروض على الأفراد بصفة عامة، والذي يتطلب ضرورة التصرف بحُسن نيَّة وبما لا يضر بحقوق الغير، له تطبيقات هامة وعديدة في مواضيع القانون الدولي الخاص المختلفة، مثل مركز الأجانب والاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنيَّة بالمنازعات الأجنبية وتنفيذ الأحكام، والجنسية موضوع بحثنا هذا، كما سيأتي في المبحث التالي.

المبحث الثاني
تطبيقات فكرة حُسن النيَّة
في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة

الواقع أن لفكرة حُسن النيَّة في موضوعات القانون الدولي الخاص، ومن بينهما مادة الجنسية، ثلاثة معان: فإما أن يكون مقصوداً بها السلوك المشروع la conduite

(١) الهادي السعيد عرفة، بحث سابق، ص ١٥٧-١٥٨.

loyale، وهو ما يندرج تحت المبدأ العام الذي يتطلب الاستقامة والصدق في التعامل. وإما أن يُقصد بها الاعتقاد الخاطئ والمعذور أو المبرر la croyance erronnée et execusable أو الجهل المغتفر بواقعة مادية، أو بقاعدة قانونيَّة. وقد يُقصد بها غياب نيَّة الغش أو التدليس أو الإضرار. وفي مجال الجنسية بصفة خاصة يكون لحُسن النيَّة معنى عام وهو السلوك المشروع الذي يتطلب الصدق والأمانة والاستقامة والنزاهة في التعامل.

وسنبين فيما يلي هذا المعنى، حيث نتعرف على العناصر المختلفة لفكرة حُسن النيَّة وتطبيقاتها التي وردت في القانون الاتحادي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢م (المعدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م) في شأن الجنسية وجوازات السفر في دولة الإمارات العربية المتحدة[(١)].

إذ أن نظرة فاحصة لنصوص هذا القانون تُظهر بجلاء أنه قد أخذ بفكرة حُسن النيَّة في مجال الجنسية، سواء عند منحها أو فقدها أو ردها أو استردادها. فحُسن النيَّة بوصفه سلوكاً مشروعاً يتطلب الصدق والأمانة والاستقامة والنزاهة في التعامل يُعتبر أحد المبادئ الأساسية التي تسود علاقات الجنسية، تلك العلاقات التي تكون الدولة الطرف الأول فيها من ناحية، ويكون الفرد الطرف الآخر فيها من ناحية أخرى، إذ تختص الدولة بوصفها صاحبة السيادة بوضع القواعد القانونيَّة التي تنظم

(١) بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م (الجريدة الرسمية العدد ٣٢ في ٢٦/ ١١/ ١٩٧٥م).

جنسيتها من حيث اكتسابها وفقدها وردها واستردادها وتنظيم القضاء المختص بنظر منازعاتها، ثم يدخل الفرد في هذا التنظيم بإرادته، ومن ثم تنشأ علاقات قانونيَّة بينه وبين الدولة من ناحية، وبينه وبين غيره من الأفراد من ناحية أخرى.

ولذا يمكن القول بأن حُسن النيَّة في مجال الجنسية يدور حول ثلاثة جوانب:

الأول: يتعلق بالدولة ذاتها، عندما تضع القواعد المنظمة لجنسيتها، وعند ممارستها لسلطاتها واختصاصاتها في هذا المجال.

الثاني: يتعلق بسلوك الفرد عند اكتسابه الجنسية وعند فقده لها بتغييرها واكتساب جنسية أخرى، وعند إثباتها.

الثالث: يتعلق بحُسن نيَّة الغير الذي يتعامل مع من يحمل جنسية الدولة، عندما يحدث تغيير في مركزه القانوني.

وسنخصص مطلباً مستقلاً لكل من هذه الجوانب الثلاثة على النحو التالي: -

المطلب الأول
حُسن نيّة الدولة عند وضعها لأحكام جنسيتها

لما كانت الدولة هي الشخص القانوني الوحيد الذي يملك إنشاء الجنسية ومنحها لمن يشاء من الأفراد، فإنها تتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية مطلقة un pouvoir discrétionnaire لا يشاركها فيها أي شخص من أشخاص القانون الداخلي أو

الدولي العام. ويتفرع عن ذلك المبدأ المعروف "بمبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية"[1]. والذي مفاده أن الدولة تنفرد بتنظيم علاقات الجنسية، ولا تسمح لأحد (فرداً كان أو دولة أو منظمة دولية) بالتدخل في ذلك. ومن ثم فمسائل الجنسية تدخل في نطاق ما يعرف بالمجال الخاص أو المجال المحجوز للدولة[2] .Le domaine résevé

ويترتب على تقرير هذه الحرية الكاملة للدولة في مجال الجنسية أنه من المتصور - ولو نظرياً - أن تصدر الدولة قوانين وأنظمة تحدد كيفية اكتساب جنسيتها، دون مراعاة لاختصاص وسيادة الدول الأخرى في مجال جنسيتها كذلك، مما يمكن أن يترتب عليه نشوء ما يعرف بظاهرة تنازع الجنسيات conflit de nationalités بصورتيها الإيجابية (تعدد الجنسيات) والسلبية (انعدام الجنسية)، وهي من الظواهر الخطيرة في مجال الجنسية، التي تُثير العديد من المشكلات للأفراد[3].

---

(١) انظر محمد السيد عرفة: "الوجيز في الجنسية"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٠ بند ٥٣؛ أحمد قسمت الجداوي: "حرية الدولة في مجال الجنسية - دراسة تأصيلية"، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، لجنة الدراسات العليا والبحوث، ١٩٧٩م.

(٢) راجع فؤاد عبد المنعم رياض: "الجنسية المصرية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٢ بند ١٩؛ عز الدين عبد الله: "القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)"، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٦٨م، وخاصة ص ١١٩ بند ٦٠؛ وانظر في الفقه الفرنسي.

Du Burlet: "De l' importance de droit international coutumier de la nationalité:, Revue Critque de Droit International Privé, 1987, p. 305

(٣) راجع حول هذه الظاهرة محمد عبد العال عكاشة: "الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات"، المكتبة القانونية، الإسكندرية، ١٩٩١م؛ وانظر كذلك:

Fouad Riad: "Nationalité in Notarial Repertoire", Paris, 1985, No. 122 - 137

وتفادياً للآثار المترتبة على هذه الظاهرة، واحتراماً لسيادة واختصاص الدول الأخرى، تفرض قواعد القانون الدولي المعاصر بعض القيود على حرية الدولة في مادة الجنسية، وهي قيود يفرضها مبدأ التعايش المشترك بين الدول أعضاء الجماعة الدولية. ومن أهم هذه القيود التي يفرضها العرف الدولي ويتعين على الدولة مراعاتها عند تنظيمها لجنسيتها، ذلك القيد المتعلق بضرورة "مراعاة حُسن النيَّة في علاقاتها بغيرها من الدول، فيجب ألا تهدف الدولة عند وضعها لقواعد جنسيتها إلى الإضرار بغيرها من الدول"[1].

وبذلك يبدو أن حُسن النيَّة كمبدأ عام يُقيد حرية الدولة عند تنظيمها لجنسيتها، كما يلعب دوراً هاماً عند ممارستها لاختصاصاتها في مجال منح الجنسية للأفراد، وفي مجال فقدها، والعودة لها. وفيما يلي نخصص فرعاً مستقلاً لكل من هذه المسائل، حيث نتناول كلاً منها في قواعد القانون الدولي، ثم تطبيقاتها في قانون الجنسية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة وذلك على النحو التالي:

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٢٥ بند ٢٢.

الفرع الأول
حُسن النيَّة كمبدأ عام
يقيد حرية الدولة عند تنظيمها لجنسيتها

يُعد مبدأ حُسن النيَّة أحد المبادئ العامة التي تُقيد حرية الدولة عند وضعها للقواعد القانونيَّة المنظمة لجنسيتها، إذ يُلزم الدولة باتباع المبادئ التالية: فلا يجوز لها من ناحية أن تتدخل بقواعد قانونيَّة تصدرها في تنظيم جنسية غيرها من الدول. كما لا يجوز لها من ناحية ثانيَّة أن تفرض جنسيتها على جزء من شعب دولة أخرى، ولا يجوز لها من ناحية ثالثة أن تبنى جنسيتها على أي من رابطتي الجنس أو الدين. ولا يجوز من ناحية رابعة أن تساهم الدولة بنص صريح في القانون المنظم لجنسيتها في تفاقم مشكلتي تعدد وانعدام الجنسية.

أولاً: عدم جواز تدخل الدولة في تنظيم جنسية غيرها من الدول:

تتمتع الدولة بحرية مطلقة في تنظيم جنسيتها، فلا يجوز لها أن تتدخل في تنظيم جنسية غيرها من الدول. ولذا يقرر الفقه الراجح أنه إذا ما عمدت الدولة عند تنظيم جنسيتها إلى المساس بحقوق الدول الأخرى كان لهذه الدول أن ترفض الاعتراف بسريان هذا التنظيم في مواجهتها ولا تعتد به، تأسيساً على أن الدولة التي قررته قد تجاوزت حدود اختصاصها[1]. ومن السوابق التي تجاوز فيها مشرعو بعض الدول

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٢٥ بند ٢٢ ؛ أحمد قسمت الجداوي: "حرية الدولة في مجال الجنسية"، ١٩٧٩م، مرجع سابق، ص ١٠.

حدود اختصاصهم عند تنظيمهم للجنسية، ما نصت عليه المادة ١١ من القانون المدني البوليفي من أن: "المرأة البوليفية التي تتزوج من أجنبي تكتسب جنسيته". فمفاد هذا النص أنه لا يقتصر فقط على منح الجنسية البوليفية لمن يُعتبر وطنياً في نظر المشرع البوليفي، بل تعدى ذلك إلى تنظيم اكتساب المرأة البوليفية لجنسية زوجها الأجنبي، مع أن تقرير إمكانيَّة اكتساب الزوجة البوليفية لجنسية زوجها الأجنبي من عدمه هو من المسائل التي يحددها قانون جنسية الزوج الأجنبي وحده. وبذلك يكون المشرع البوليفي قد تجاوز حدود اختصاصه، وتعدى على اختصاص وسيادة الدول الأخرى، ومن ثم فلا يُعتد بهذا النص في مواجهة هذه الدول.

ولم يتبع قانون جنسية الإمارات هذا النهج، بل سار على ما تسير عليه الغالبية العظمى من قوانين الجنسية في العالم المتحضر، فلم يتطرق إلى تنظيم اكتساب المواطنة الإماراتية التي تتزوج من شخص أجني لجنسية زوجها الأجنبي، بل اكتفت المادة ١٤ منه بالنص على احتفاظها بجنسية دولة الإمارات العربية المتحدة، ولا تفقدها إلا إذا اكتسبت جنسية زوجها، لأن مسألة دخولها في هذه الجنسية من المسائل التي يقررها قانون دولة الزوج وحده، ولا شأن لقانون دولة الإمارات به، وكل ما يترتب على دخولها في جنسية زوجها هو فقدانها لجنسية دولة الإمارات العربية المتحدة. فتنص هذه المادة على أن: "تحتفظ مواطنة الدولة بحكم القانون أو بالتجنس التي تتزوج من شخص يحمل جنسية أجنبية بجنسيتها، ولا تفقدها إلا إذا دخلت في جنسية زوجها".

ثانياً: لا يجوز للدولة أن تفرض جنسيتها على جزء من شعب دولة أخرى:

ويتفرع عن مبدأ عدم جواز تدخل الدولة في تنظيم جنسية غيرها أنه لا يجوز لها أن تفرض جنسيتها على جزء من شعب دولة أخرى، إذ يرى فقهاء القانون الدولي الخاص أن هناك عرفاً دولياً يفرض على الدولة ضرورة مراعاة مبادئ معينة معترفٌ بها على العموم في الحياة الدولية المعاصرة، يطلق عليها "الحد الأدنى للقانون العام للجنسية" le droit commum minimum de nationalité وهو حد "تلتزم الدول بمراعاته والاتجاه بتشريعاتها نحوه، التزاماً قانونياً وضعياً (أي مصدره القانون الوضعي)"[(١)]. ومن مقتضيات هذا الالتزام ما جرى عليه العرف الدولي، منذ زمن بعيد، من عدم جواز منح جنسية الدولة لأبناء ممثلي البعثات الدبلوماسية والقنصلية للدول الأجنبية المولودين على إقليم الدولة التي يباشر فيها الممثل الدبلوماسي أو القنصلي مهمته، حتى لو كانت هذه الدولة تأخذ بحق الإقليم المطلق كأساس لبناء جنسيتها. وقد حرصت دساتير بعض دول أمريكا الجنوبية والوسطى التي تأخذ بحق الإقليم المطلق على النص صراحة على عدم فرض جنسية الدولة بناء على حق الإقليم على من يولد من أطفال على إقليم الدولة وينتمون لأجانب مقيمين فيها في خدمة دولهم[(٢)].

---

(١) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ١٢١ بند ٦٠.

(٢) مثال ذلك دستور البرازيل الصادر سنة ١٩٤٦م، ولا شك أن هذا النص يستجيب لما يفرضه مبدأ حُسن النيّة في العلاقات الدولية من ضرورة احترام سيادة الدول الأخرى ومراعاة مبدأ المجاملة الدولية والمعاملة بالمثل.

ولم يأخذ قانون الجنسية الإماراتي بحق الإقليم المطلق كأساس لبناء هذه الجنسية، بل أخذ بصفة أساسية بحق الدم المطلق، ثم بحق الدم من ناحية الأم، ولم يأخذ بحق الإقليم إلا بصفة استثنائية بالنسبة لمجهول الأبوين المولود على إقليم دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث تنص المادة (٢/ هـ) منه على أنه: "يُعتبر مواطناً بحكم هذا القانون (هـ) المولود في الدولة لأبوين مجهولين. ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها ما لم يثبت العكس". فقد أقام المشرع الإماراتي قرينة قانونيَّة مفادها افتراض ميلاد الطفل اللقيط على إقليم الدولة إذا تم العثور عليه فيه، وهي ليست قرينة قاطعة، بل هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، بحيث أنه إذا أمكن إثبات واقعة ميلاد الطفل خارج إقليم دولة الإمارات فإن الجنسية الإماراتية تزول عنه من تاريخ ميلاده بأثر رجعي. وبذلك التزم المشرع الإماراتي بالعرف الدولي الذي يقضي بعدم جواز فرض الجنسية على أبناء ممثلي البعثات الدبلوماسية والقنصلية المولودين في دولة الإمارات.

كما أن من مقتضيات الحد الأدنى للقانون العام للجنسية الذي يفرضه مبدأ حُسن النيَّة أنه لا يجوز للدولة أن تفرض جنسيتها على جزء من شعب دولة أخرى، بل يجب أن تشترط تنازل الشخص الراغب في اكتساب جنسيتها عن جنسيته الأصلية، حتى لا تعتدي على حقوق الدول الأخرى من ناحية، وحتى يصبح ولاء هذا الشخص خالصاً لها من ناحية أخرى.

وبتطبيق ذلك على قانون الجنسية الإماراتي يتضح من المادة (٢/ أ) أن المشرع الإماراتي قد اشترط لثبوت الجنسية الإماراتية بحكم القانون أن يكون الشخص قد توطن "في إحدى الإمارات الأعضاء عام ١٩٢٥م وقبلها، وحافظ على إقامته العادية فيها حتى نفاذ هذا القانون". فمجرد إقامة العربي في أية إمارة من هذه الإمارات هذه المدة كاف وحده لمنحه جنسية التأسيس بحكم القانون. فلم يشترط القانون تنازله عن جنسيته الأجنبية، أو ألاّ يكون متمتعاً بجنسية أجنبية قبل هذا التاريخ، كما فعلت بعض القوانين العربية[1].

وبذلك يمكن أن تثبت الجنسية الإماراتية (بحكم القانون) لأي شخص عربي بناءً على هذا النص لمجرد توطنه هذه المدة في دولة الإمارات العربية المتحدة، حتى لو كان يحمل جنسية دولة أخرى في هذا التاريخ، وحتى لو لم يتنازل عنها بعد ثبوت الجنسية الإماراتية له. وبذلك يُصبح مزدوج الجنسية. ولذا فإن هذا النص بصورته الحالية لم يراعِ مبدأ حُسن النيَّة بصورة تامة، وكان يجدر بالمشرع أن يشترط تنازل العربي عن جنسيته حتى تثبت له الجنسية الإماراتية بحكم القانون، حتى لا يحدث له ولاء مزدوج لدولتين في نفس الوقت، وحتى لا يكون في منحه جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة اعتداءٌ على سيادة الدولة التي ينتمي إليها أصلاً. وقد يكون المُبرر في الأخذ بالحكم هو أن توطن العربي بدولة الإمارات هذه المدة الطويلة التي

(١) مثال ذلك المادة الرابعة من نظام الجنسية العربية السعودية الصادر بموجب الأمر العالي رقم ٨/ ٢٠/ ٥٦٠٤ وتاريخ ٢٢/ ٢/ ١٣٧٤هـ.

تتجاوز خمسة وستين عاماً يُدلل على انتمائه للدولة وارتباطه بشعبها، مما يُفسر أن احتفاظه بجنسيته الأجنبية ما هو إلا مسألة شكلية لا تُعبِّر عن حقيقة مشاعره، إذ أن الجنسية الفعلية في هذه الحالة هي الجنسية الإماراتية. ولا شك أن ترجيح الجنسية الفعلية من الحلول المقبولة على المستوى الدولي، سواء لدى الفقه أو القضاء الدولي[1].

أما في مجال الجنسية المكتسبة فقد وضع المشرع الإماراتي نصاً في هذا الصدد، وهو نص المادة (١١) الذي يقضي بأنه: "لا يُمنح التجنس لأي شخص إلا إذا تخلى عن جنسيته الأصلية". والحكمة من هذا النص هي في المقام الأول تجنب ازدواج الجنسية أو تعددها لدى طالب التجنس، لما لها من مساوئ على مركزه يصعب إيجاد حل لها[2]، كما راعى المشرع الإماراتي اختصاص وسيادة الدولة التي يحمل هذا الأجنبي جنسيتها، فلم يمنح المتجنس جنسية دولة الإمارات، إلا إذا تنازل مقدماً عن جنسيته الأصلية. كما اشترط لكي تكتسب المرأة الأجنبية المتزوجة بمواطن في الدولة الجنسية الإماراتية نتيجة لهذا الزواج "أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية"، وأخذ بنفس

---

(١) انظر: حكم محكمة العدل الدولية الشهير الصادر في قضية "نوتباوم" في ٦ أبريل ١٩٥٥م؛ وراجع كذلك رسالة الأستاذ M. Djahanbani المقدمة لجامعة باريس عام ١٩٥٧م حول هذه القضية.

(٢) حول الحكمة من هذا الشرك في ظل أحكام النظام السعودي، انظر محمد السيد عرفة: "القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية"، ١٤١٩هـ ١٤٢٠هـ، الطبعة الأولى، ص ٧٨.

الشرط بالنسبة لزوجة المواطن بالتجنس، حيث نصت المادة (١٠) على أن: "تُعتبر زوجة المواطن بالتجنس مواطنة بالتجنس إذا تخلت عن جنسيتها الأصلية". ويبدو أن الحكمة من هذا الشرط هي الاستيثاق من إخلاص المرأة الأجنبية لدول الإمارات، وصدق رغبتها في اكتساب جنسيتها من ناحية، وتفادي وقوعها في مشكلة ازدواج أو تعدد الجنسية من ناحية أخرى. فضلاً عن أن هذا الشرط يشير إلى مدى احترام المشرع الإماراتي لاختصاص وسيادة الدولة الأجنبية التي تحمل هذه المرأة جنسيتها، فلا يمنحها الجنسية الإماراتية قبل أن تتخلى تماماً عن العلاقة التي تربطها بدولتها. وتحقيقاً لنفس الحكمة نصت المادة (١٠) سلفة الذكر على أن: "يعتبر الأولاد القصر للمواطن بالتجنس مواطنين، ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد".

والحكمة من هذا الشرط هي في المقام الأول تجنب حالات ازدواج الجنسية أو تعددها لدى طالب التجنس، لما لها من مساوئ على مركزه يصعب إيجاد حل لها[1]، كما راعى المشرع الإماراتي اختصاص وسيادة الدولة التي يحمل هذا الأجنبي جنسيتها، فلم يمنح المتجنس بالجنسية الإماراتية هذه الجنسية رغم توفر كافة شروطها، إلا إذا أثبت أنه تنازل مقدماً عن جنسيته الأجنبية، وبلغ هذا التنازل فعلاً إلى السلطات المختصة بالدولة التي يتبعها بجنسيته.

---

(١) انظر حول الحكمة من هذا الشرط: محمد السيد عرفة: "القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية"، كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، ١٤١٩هـ-١٤٢٠هـ، ص ٨٥.

ثالثاً: لا يجوز للدولة أن تبني جنسيتها على رابطتي الجنس والدين:

فمن المبادئ المسلم بها أن رابطة الجنسية لا يجوز أن تستند إلى الجنس أو الدين. فإذا اتخذت الدولة أياً من هذين العنصرين أساساً لبناء جنسيتها، فإنها تتجاوز حدود اختصاصها، ويشكل تصرفها اعتداءً على حقوق الدول الأخرى، بل يُعد مناقضاً لمبدأ حُسن النيَّة.

وفي ضوء ذلك أخذ قانون الجنسية الإماراتي "بفكرة الجنس" كأساس لمنح هذه الجنسية، إذ خفض من مدة الإقامة اللازمة لاكتساب الأجنبي للجنسية الإماراتية بالتجنس، متى كان طالب التجنس "عربياً". فقد اشترطت المادة (٨) لمنح الجنسية بالتجنس لأي شخص، عربياً كان أم غير عربي، أن يقيم "بصورة مستمرة ومشروعة في الإمارات الأعضاء مدة لا تقل عن ثلاثين سنة يقضي منها عشرين سنة على الأقل بعد نفاذ هذا القانون"، واستثنت المادتان (٥ و٦) من هذه المدة طالب التجنس "من أصل عربي"، فتنص المادة (٥)[1] على أنه: "لا يجوز منح جنسية الدولة للفئات التالية:

أ- العربي من أصل عماني أو قطري أو بحريني، إذا أقام في الدولة بصورة مستمرة ومشروعة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، تكون سابقة مباشرة على تاريخ تقديم طلب التجنس.

---

(١) معدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م، الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ في ٢٦/ ١١/ ١٩٧٥م.

ب ـ أفراد القبائل العربية الذين نزحوا من البلدان المجاورة للدولة، وأقاموا فيها بصورة مشروعة ومستمرة، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات سابقة مباشرة على تاريخ طلب التجنس".

وتنص المادة (٦) على أنه: "يجوز منح جنسية الدولة لأي عربي كامل الأهلية، إذا أقام بصورة مستمرة ومشروعة في الإمارات الأعضاء مدة لا تقل عن سبع سنوات، وتكون سابقة مباشرة على تقديم طلب التجنس"[1].

والمادة (١٧) التي اشترطت، لكي يسترد المواطن بحكم القانون (الذي اكتسب جنسية أجنبية) جنسيته الإماراتية، أن يتخلى عن جنسيته المكتسبة. كما نصت على أن: "للمواطنة بحكم القانون، التي اكتسبت جنسية زوجها الأجنبي الجنسية، ثم توفى عنها زوجها أو هجرها أو طلقها، أن تسترد جنسيتها، بشرط أن تتخلى عن جنسية زوجها. ويجوز لأولادها من هذا الزوج أن يطلبوا الدخول في جنسية الدولة، إذا كانت إقامتهم العادية في الدولة، وأبدوا رغبتهم في التخلي عن جنسية أبيهم". فيتضح من هذه النصوص أن المشرع الإماراتي التزم بمبدأ يقضي بعدم جواز تعدد الجنسية لدى الشخص، لما يحمله هذا التعدد من تعدد الولاء نحو الدول التي يحمل جنسيتها، وما يسببه له من مشكلات قانونيَّة يصعب التوصل إلى حلول سليمة لها في كثير من الحالات.

---

(١) مستبدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥ن، العدد ٣٢ في ٢٦/ ١١/ ١٩٧٥م.

ويتضمن قانون الجنسية الإماراتي أحكاماً تهدف إلى منع ظاهرة انعدام الجنسية من أساسها، مثال ذلك ما تقرره المادة (٢/ هـ) من منح الجنسية الإماراتية لمن ولد في الدولة لأبوين مجهولين، حتى لا يصبح عديم الجنسية، إذ تنص على أنه: " يُعتبر مواطناً بحكم هذا القانون: (هـ) المولود في الدولة لأبوين مجهولين. ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها، ما لم يثبت العكس " . ومثاله أيضاً ما تشترطه المادة (١٤) من هذا القانون، حتى تفقد المواطنة الإماراتية جنسيتها نتيجة لزواجها من شخص أجنبي، أن تكتسب جنسية هذا الزوج الأجنبي، حتى لا تُصبح عديمة الجنسية، وذلك إذا فقدت الجنسية الإماراتية، ثم فشلت في الحصول على جنسية زوجها الأجنبي. إذ تنص على أن: " تحتفظ مواطنة الدولة بحكم القانون أو بالتجنس التي تتزوج من شخص يحمل جنسية أجنبية جنسيتها، ولا تفقدها، إلا إذا دخلت في جنسية زوجها " . ولكنه لم ينص على حكم مماثل بخصوص الأثر المترتب على تجنس المواطن الإماراتي بجنسية أجنبية على زوجته وأولاده القصر. فلم يُبين ما إذا كانوا يفقدون جنسيتهم الإماراتية بالتبعية لفقد رب الأسرة لها، أم يُشترط لتحقيق هذا الفقد أن يدخلوا في جنسيته الجديدة بحكم القانون الخاص بها، حتى لا يُصبحوا عديمي الجنسية، على نحو ما تنص عليه بعض قوانين الجنسية المقارنة[1]. وهذا نقص

---

(١) مثال ذلك المادتان ١٢ و١٧ من نظام الجنسية العربية السعودية، سابق الإشارة إليه، حيث تضمنت المادة ١٢ حكماً بخصوص الأثر المترتب على تجنس السعودي بجنسية أجنبية بعد الإذن له في ذلك، حيث تفقد زوجته وأولاده القصر الجنسية السعودية، إذا كانوا يدخلون في الجنسية الجديدة للزوج (الأب) بمقتضى القانون الخاص بها، أما المادة ١٧ فقد اشترطت، حتى تفقد المرأة العربية جنسيتها نتيجة لزواجها من أجنبي، أن تدخل في جنسية زوجها الجديدة بحكم القانون الخاص بها.

ينبغي على المشرع تداركه .

الفرع الثاني
حُسن نيّة الدولة بمناسبة منح جنسيتها

إذا كان من المسلم به أن الجنسية حق من حقوق الإنسان الأساسية، أي هي لازمة من لوازم الفرد، يتطلبها كيانه الإنساني وحياته في الدولة وانتقاله في المجتمع الدولي[1] ، فإن من واجب الدولة أن توفر له هذا الحق منذ ولادته وحتى وفاته . إذ يفرض عليها مبدأ حُسن النيَّة مراعاة عدة مبادئ عند منحها الجنسية للأفراد، فيجب أن تتبع الأسس المتعارف عليها دولياً في مجال منح الجنسية . فلا يجوز من ناحية أن تمنح جنسيتها لأي شخص، إلا إذا كانت توجد بينها وبينه رابطة حقيقية وفعلية، ومن ناحية ثانيَّة يجب أن تعتد بإرادة الفرد في مجال الجنسية، وأن تعترف للمرأة الأجنبية والأولاد القصر للمتجنس بالحق في اكتساب جنسية الزوج أو الأب، وأخيراً يجب أن تتجنب التمييز في مجال منح الجنسية .

أولاً: ضرورة وجود رابطة حقيقية وفعلّية بين الفرد والدولة:

يذهب فريق من الفقه إلى القول بأن هناك قيداً هاماً على حرية الدولة في مادة

---

(١) راجع المادة ١٥ / ١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م، التي تنص على أن: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما" ؛ وكذلك المادة ٢٤/ ٣ من الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ (القرار رقم ٢٢٠٠) والتي تنص على أن: "لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية" .

الجنسية يُمكن استخلاصه من أحكام القضاء الدولي، وخاصة في قضية (نوتباوم) الشهيرة[١]، مفاده أنه يجب ألا تمنح الدولة جنسيتها لأي شخص إلا إذا كانت هناك رابطة حقيقية وفعلية un lien réel et effectf مادية كانت أو معنوية، بينه وبين هذه الدولة، وذلك باتباع الأسس المتعارف عليها دولياً في مجال منح الجنسية، عن طريق الأخذ بحق الدم أو بحق الإقليم. فلا يجوز للدولة أن ترفض منح الجنسية لأي فرد توافرت فيه الشروط التي نص عليها قانونها لثبوت الجنسية الأصلية أو المكتسبة، وإلا اعتُبرت سيِّئة النيَّة.

ونحن نرى أن هذا القيد يجد مصدره في فكرة حُسن النيَّة ذاتها التي تفرض على الدولة ألا تمنح جنسيتها لأشخاص ينتمون لدول أخرى. فإذا كانت الرابطة التي تربط هؤلاء الأشخاص بهذه الدول الأخرى هي رابطة حقيقية وفعلية، فإن منح الدولة جنسيتها لهم - رغم قيام هذه الرابطة - يُعتبر اعتداءً على سيادة الدول الأخرى واختصاصاتها في مجال جنسيتها. كما أن تصرفها هذا يتعارض مع مبدأ توحُّد رابطة الجنسية unicité de lien de la nationalité أو أُحادية الجنسية، أي عدم جواز تعددها[٢]، الذي يُعد من المبادئ الهامة في مجال الجنسية، إذ أن التزام الدول به من

---

(١) انظر في ذلك:
S. Bastid: "L' affaire Nottebohm devant la Cour Internatioanle de Justice", Revue Critique de droit International Privé", 1956, pp. 607 - 633.

(٢) محمد السيد عرفة: "الوجيز في الجنسية المصرية"، مرجع سابق، ص ٣٤ بند ٥٩؛ وقد نصت صراحة المادة ١٢ من قانون جنسية الإمارات العربية المتحدة على هذه الخاصية صراحة بقولها: "لا تُمنح الجنسية إلا مرة واحدة".

شأنه أن يُخفف من حالات تعدد الجنسية وما تسببه من مشكلات خطيرة في حياة الأفراد في المجتمع الدولي.

والواقع أن مُطالعة نصوص قانون الجنسية الإماراتي تُظهر أنه لم يخرج عن إجماع التشريعات المقارنة في مجال الجنسية والمبادئ المرعية في التنظيم الدولي لها، حيث تطّلب قيام رابطة فعلية وحقيقية بين من تثبت له الجنسية بحكم القانون ودولة الإمارات العربية المتحدة. كما لم يُغفل قيام هذه الرابطة عند منح الجنسية المكتسبة بالتبعية أو بالتجنس.

ففي مجال الجنسية بحكم القانون، وهي الجنسية التي تثبت للأباء والأجداد عند تأسيس جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة لأول مرة في بداية نشأة الدولة[1]، تنص المادة (٢) على أنه: "يُعتبر مواطناً بحكم القانون (أ) العربي المتوطن في إحدى الإمارات الأعضاء عام ١٩٢٥م أو قبلها، الذي حافظ على إقامته العادية فيها، حتى تاريخ نفاذ هذا القانون[2]. أي حتى تاريخ ١٣ ذي القعدة ١٣٩٢هـ (الموافق ١٨ ديسمبر ١٩٧٢م). ويتضح من هذا النص أن المشرع الإماراتي يشترط لثبوت الجنسية بحكم القانون أن يكون الشخص قد أقام هذه المدة الطويلة دون انقطاع بالدولة،

---

(١) لم يتكلم قانون الجنسية عن بداية نشأة الإمارات العربية المتحدة كدولة اتحادية تضم عدة إمارات، بل اشترط توطن العربي في إحدى هذه الإمارات الأعضاء منذ سنة ١٩٢٥م أو قبله.

(٢) هذه المادة مستبدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م، الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ في ٢٦/ ١١/ ١٩٧٥م.

فهذه الإقامة تُعبِّر عن ارتباطه بالدولة، ومن ثم يستحق اكتساب جنسيتها. كما وضعت المادة (٢/ ب) معياراً لثبوت الجنسية بناءً على حق الدم من ناحية الأب، وهو من الأسس السائدة لدى الغالبية العظمى من قوانين الجنسية في بلاد العالم المتحضر، إذ أن الانتماء لأب مواطن يُعتبر من أقوى الروابط التي تربط الشخص بالدولة التي ينتمي إليها أبوه، حيث يُلقِّنه مجموعة من المشاعر الروحية والقيم الاجتماعية، وأهمها الشعور بالانتماء والولاء للدولة التي يحمل جنسيتها[1]. فالأخذ بحق الدم يؤدي إلى تعميق فكرة الولاء للوطن لدى الأبناء. ولم يُغفل المشرع الإماراتي حق الدم من ناحية الأم كأساس لثبوت الجنسية الإماراتية بحكم القانون عند عدم تحقيق شروط ثبوتها بناءً على حق الدم من ناحية الأب، فاشترط لذلك الميلاد لأم مواطنة، وجهالة جنسية الأب أو انعدامها، أو عدم ثبوت نسب المولود لأبيه قانوناً. فتنص المادة (٢/ ج، د) على أنه: "يُعتبر مواطناً بحكم القانون (ج) المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون، ولم يثبت نسبه لأبيه قانوناً. (د) المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون، ولأب مجهول أو لا جنسية له". والملاحظ أن المشرع الإماراتي لم يشترط لثبوت الجنسية الإماراتية بحكم القانون بناءً على الانتساب لأم مواطنة أن تتحقق واقعة ميلاد الطفل في إقليم دولة الإمارات.

(١) انظر محمد السيد عرفة: "القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية"، سابق الإشارة، ص ٤٤، ولنفس المؤلف: "حماية الأمن الوطني للدولة في ضوء أحكام التجنس بجنسيتها، دراسة مقارنة في النظامين المصري والسعودي"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد ١٣، العدد ٢٥، محرم ١٤١٩هـ، ص ١٠٧.

ولعل الحكمة في ذلك هي رغبة المشرع في زيادة عدد السكان بالدولة، وعدم التخلي عن أي شخص ينتمي إليها برابطة النسب من ناحية الأم، لمجرد ولادته خارج إقليمها. كما يُبرره أيضاً اتجاه المشرع نحو التسوية بين دور الأب ودور الأم في مجال منح الجنسية بحكم القانون، وهو من الاتجاهات العامة التي تنادي بها المؤتمرات والمحافل الدولية، فالمساواة بينهما من المبادئ المثالية في مجال الجنسية[1].

كما أخذ المشرع الإماراتي بحق الإقليم المطلق كأساس لثبوت الجنسية الإماراتية بحكم القانون بالنسبة لمجهول الأبوين واللقيط. على نحو ما سبق أن أشرنا، إذ يستند الأخذ بهذا المعيار إلى أساس اجتماعي، مُفاده قيام رابطة مادية أو مكانيَّة تربط الفرد بإقليم الدولة التي وُلد بها، والتي تكون في الغالب الدولة التي تتوطن بها أسرته، فيتأثر الطفل بالمجتمع الذي ولد ونشأ فيه، وبالتالي فإن شعوره بالانتماء والولاء لهذا المجتمع يزداد وينمو نحوه، مما يُبرر منحه جنسية هذه الدولة[2]. كما يستند إلى اعتبارات إنسانيَّة ودينيَّة تهدف إلى تفادي وقوع الطفل في حالة انعدام

---

(١) انظر: حول دور الأم في منح الجنسية لأبنائها ومدى مساواتها بالأب في هذا المجال، فؤاد عبد المنعم رياض: "الجنسية المصرية، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٧٣ بند ١٩٠؛ أبو العلا علي أبو العلا النمر: "جنسية المولود لأم وطنية وأب أجنبي أو مجهول"، دراسة مقارنة، الناشر مكتب آرتس-آند لترز، أرض الجولف، القاهرة، بدون سنة نشر.

(٢) انظر: شمس الدين الوكيل: "الجنسية ومركز الأجانب"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٠-١٩٦١م، ص ٨٠ بند ٢٦.

الجنسية، لا سيما وأنه لا توجد دولة يتصل بمواطنيها عن طريق رابطة الدم[1]. لذا فإن هذه الجنسية تزول عن الشخص مجهول الأبوين منذ اللحظة التي يثبت فيها انتماؤه لأب يحمل جنسية أجنبية.

واشترط القانون لمنح الجنسية بالتجنس العادي أن يكون الشخص قد أقام بدولة الإمارات بصورة مستمرة ومشروعة "مدة لا تقل عن ثلاثين سنة، يقضي منها عشرين سنة على الأقل بعد نفاذ هذا القانون"[2]. وهي مدة طويلة استهدف منها المشرع الاستيثاق من اندماج الأجنبي في شعب دولة الإمارات ومعايشته له وتشبعه بعاداته وتقاليده وقيمه الدينيَّة والاجتماعية. لذا فإن انقطاع الأجنبي وإقامته خارج الدولة مدة طويلة يُشكك في تحقق هذا الاندماج، وينفي عن إقامته صفة "الاستمرارية" التي اشترطها النص. كما اشترط في طالب التجنس أن "يحسُن اللغة العربية"[3]، حتى يُبرهن على اندماجه في الجماعة الوطنيَّة الإماراتية وعلى قابليته

(١) انظر محمد السيد عرفة: "القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية"، مرجع سابق؛ في نفس المعنى بدر الدين عبد المنعم شوقي: "الأنظمة في المجال الدولي الخاص"، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ-١٩٨٩ن، ص٢٦؛ عبد القادر سلامة، مرجع سابق، ص٢٦٣.

(٢) صدر هذا القانون يوم١٣ شوال١٣٩٢هـ، الموافق ١٨ نوفمبر ١٩٧٢م، وتنص المادة (٤٦) منه على أنه: "ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به بعد شهر من تاريخ نشره".

(٣) تعبر بعض قوانين الجنسية في الدول العربية عن هذا الشرط بعبارات مختلفة، فيشترط بعضها مثل نظام الجنسية العربية السعودية في طالب التجنس "إجادة اللغة العربية تحدثاً وكتابة" (المادة٩ المعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم٣٦١ وتاريخ ٨ جمادى الأول١٣٨١هـ)؛ وانظر كذلك المادة ٦/ ١-ج من قانون الجنسية البحرانية لعام ١٩٦٣م؛ والمادة ٢/ ٤ من قانون الجنسية القطرية لعام ١٩٦٢م المعدل؛ والفصل ١١/ سادساً من قانون الجنسية المغربية لعام ١٩٨٥م؛ والمادة ٦٩ من قانون الجنسية الفرنسية لعام ١٩٧٣م.

للانصهار فيها لأن معرفته بلغة الدولة تكون أداة ضرورية ولازمة لهذا الاندماج . بل أن المشرع راعى ارتباط الأجنبي بالدولة، حتى في مجال التجنس الاستثنائي، فأجاز منح الجنسية الإماراتية " لأي شخص قدم خدمات جليلة للدولة، دون التقيد بمدة الإقامة المنصوص عليها في المواد السابقة " . إذ أن منح الجنسية في هذه الحالة ليس مطلقاً أو طليقاً من كل الشروط [1]، بل هو مقيد بشرط مفاده أن يؤدي الأجنبي خدمات جليلة للدولة، مما يؤكد قوة الروابط التي تربطه بها وصدقها، لا سيما إذا أخذنا بالتفسير اللفظي والظاهري لكلمة "خدمات"، التي تعني تعدد الخدمات التي يؤديها الأجنبي للدولة، ولكن يُترك الأمر للسلطة المختصة بالدولة، لتقدير مدى أهمية الخدمة أو الخدمات المقدمة من الأجنبي.

وفي إطار هذا الاتجاه نصت المادة ٣ من قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة على أن تكتسب المرأة الأجنبية المتزوجة بمواطن جنسية زوجها "إذا أعلنت وزارة الداخلية عن رغبتها في ذلك، واستمرت الزوجية قائمة مدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانها هذه الرغبة، ويُشترط أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية" . إذ يُشترط بطبيعة الحال أن توجد رابطة زوجية صحيحة شرعاً بين مواطن وامرأة أجنبية، فلا

(١) محمد السيد عرفة: "الوجيز في الجنسية المصرية"، مرجع سابق، ص ١٤٠ بند ٢٧٠ ؛ ولنفس المؤلف بحث بعنوان "حماية الأمن الوطني للدولة في ضوء التجنس بجنسيتها"، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والسعودي، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السنة ١٣، المجلد ١٣، العدد ٢٥، محرم ١٤١٩هـ، ص ١٥٤ ؛ وانظر المادة ٩ من هذا القانون، ويُطلق عليه بعض الشراح "التجنس غير المقيد بمدد الإقامة"، انظر علوي أمجد علي: "القانون الدولي الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة"، كلية شرطة دبي، ١٩٩١م، ص ٢٢١ بند ١٥٩.

يكفي أن توجد بينهما علاقة من العلاقات العابرة التي تعرفها المجتمعات الغربية . كما يشترط النص تنازلها عن جنسيتها الأصلية، حتى تبرهن عن إخلاصها لدولة الإمارات، وصدق رغبتها في اكتساب جنسيتها، فضلاً عن أن هذا النص يشترط، كما تفعل بعض التشريعات المقارنة [1]، أن تستمر رابطة الزوجية بينها وبين زوجها المواطن قائمة لمدة معينة، حددها النص بثلاث سنوات من تاريخ إعلانها لرغبتها في اكتساب جنسية الإمارات . والحكمة من هذا الشرط هي التأكد من جدِّية رابطة الزوجية واستمرارها، ومنع تحايل الزوجات الأجنبيات اللاتي تتزوجن من مواطن وتتخذن من هذا الزواج وسيلة لاكتساب جنسية الزوج، دون رغبة حقيقية لديهن في هذه الجنسية . ولكن يبدو أن مشرع قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة قد وجد في شرط تخلي هذه المرأة عن جنسيتها الأصلية من أجل الدخول في جنسية زوجها المواطن ما يكفي لتبرير صدق رغبتها وجديتها في اكتسابها . ونلاحظ على هذا النص من ناحية أخرى أنه لم ينص صراحة على شرط إقامة الزوجة مع زوجها المواطن بدولة الإمارات بعد الزواج، ومع ذلك فإن المشرع الإماراتي يشترط تنازل الزوجة الأجنبية عن جنسيتها كشرط للدخول في جنسية زوجها الإماراتي، كما يتضح من نص المادة الثالثة من قانون الجنسية الاتحادي . والحكمة من هذا الشرط هي التأكيد على أن الزوجة لم تعد تحمل إلا ولاءً واحداً هو الولاء لشعب دولة

(١) انظر على سبيل المثال المادة ١٦ من نظام الجنسية العربية السعودية التي عدلت بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ٢٥ جمادى الآخرة ١٣٨٠هـ.

الإمارات، وأن عليها أن تخرج من جماعتها القديمة لتنخرط في جماعة دولة الزوج . ولا شك أن هذا الانخراط والاندماج في شعب دولة الزوج يتطلب إقامة الزوجة بالدولة، ومن ثم فشرط إقامة الزوجة في دولة الإمارات هو شرط مفروض بطبيعة الحال .

ونخلص مما سبق إلى أن هذه الدلائل تؤكد اهتمام المشرع الإماراتي وحرصه على وجود روابط قوية بين الشخص الذي يحمل الجنسية الإماراتية (سواء بحكم القانون أو بالتبعية أو بالتجنس) ودولة الإمارات وشعبها، مما يبرهن على مراعاته لمبدأ حُسن النيَّة في علاقات الجنسية .

ثانيا: الاعتداد بإرادة الفرد عند اكتساب الجنسية:

فمن مقتضيات حُسن نيَّة الدولة أن تعتد بإرادة الفرد في مجال الجنسية، فلا يجوز أن تفرض جنسيتها على الأفراد دون اشتراط تعبير صريح من جانبهم، أي رغما عن إرادتهم . فيجب أن تعترف الدولة في قانونها المُنظم للجنسية بإرادة الفرد، إذ يجب إعطاؤه حق الاختيار droit d'option بين الدخول في جنسية الدولة الضامَّة أو البقاء على جنسية الدولة الأصلية التي كان يتبعها الإقليم المضموم إليها من قبل . فإذا لجأت الدولة لفرض جنسيتها على الأجانب دون اشتراط تعبير صريح من جانبهم، كان تصرفها متعارضاً مع مبدأ حُسن النيَّة . مثال ذلك ما تنص عليه قوانين بعض دول أمريكا الجنوبية من فرض جنسيتها على الأجانب المقيمين بها دون طلب

صريح منهم، ولكنها تسمح لهم بالحق في إبداء رغبتهم خلال مدة معينة، في الاحتفاظ بجنسيتهم الأصلية. وكان من نتيجة ذلك أن رفضت بعض الدول الأخرى الاعتراف بالجنسية التي تم اكتسابها وفقاً لأحكام هذه القوانين، بحجة أن إرادة الفرد قد انتُهكت في هذه الحالات[1]. بل يُقرر فريق من الفقه أن "الاعتداد بإرادة الفرد في اختيار الجنسية يُعتبر في الواقع من الأصول التي يجب ألا تحيد عنها الدولة"، ويؤكد "أن الدولة التي تفرض جنسيتها على الأفراد، بطريقة فردية أو جماعية، رغم إرادتهم، تكون قد ارتكبت عملاً مخالفاً للقانون الدولي"[2]. ونحن نرى أن هذا العمل يخالف مبدأ حُسن النيَّة الذي يُعد أحد المبادئ الأساسية لهذا القانون.

وفي ضوء ذلك اعتد قانون الجنسية الإماراتي بإرادة الفرد في مجال الجنسية المكتسبة. فاشترطت المادة ٦ أن يُقدم طالب التجنس طلباً صريحاً مكتوباً، متى أراد التجنس بهذه الجنسية، حيث نصت على أن تكون مدة إقامته "سابقة مباشرة على تقديم طلب التجنس"، وهذا الشرط يتفق مع الاتجاه الغالب في التشريعات المقارنة[3].

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٣١ حاشية رقم ١.

(٢) المرجع المشار إليه في الحاشية السابقة، ص ٣٢. ومن هذا الرأي في الفقه الإنجليزي:
Nervyn Jones: "British Nationality Law and Practice", p. 15.

(٣) انظر المادة ٩/ ١ من نظام الجنسية العربية السعودية المعدلة بقرار مجلس الوزراء رقم ٣٦١ وتاريخ ٨ جمادى الآخرة ١٣٨١هـ ؛ وانظر المادة ٦ من قانون الجنسية القطرية رقم ٢ لسنة ١٩٦١م؛ وانظر: حول طلب التجنس أحمد عبد الكريم سلامة: "المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م، ص ٥٥٤ بند ٨١١.

وبخصوص التجنس الاستثنائي الذي أقرته المادة ٩ ، والتي تنص على جواز "منح الجنسية الإماراتية لأي شخص قدم خدمات جليلة للدولة، دون التقيد بمُدد الإقامة المنصوص عليها في المواد السابقة" . فرغم عدم تصريح هذا النص بشرط الطلب المقدم من الراغب في التجنس، إلا أننا نرى ضرورة تقديمه، لأننا بصدد جنسية طارئة، والتي تتميز بخصيصة أساسية وهي أنها تُطلب ولا تُفرض، ومن ثم فلا يجوز أن تفرضها الدولة على أحد الأجانب وهو غير راغب فيها، أو على الأقل لم يصدر منه ما يُفيد اتجاه إرادته نحو اكتسابها . ولكن لا يترتب على مجرد تقديم طلب التجنس التزام الدولة بمنح الجنسية للأجنبي، إنما يجوز أن تمنحها أو تمنع منحها، حسبما يتراءى للسلطات المختصة بالتجنس، دون حاجة لإبداء أسباب عدم المنح .

ولم يرتب قانون الجنسية على مجرد زواج المرأة الأجنبية بمواطن إماراتي أن تكتسب جنسية زوجها بقوة القانون، بل اعتد بإرادتها، فلا تكتسب الجنسية الإماراتية "إلا إذا أعلنت وزارة الداخلية برغبتها في ذلك"[1] . ولكنه رتب على اكتساب الأجنبي لجنسية دولة الإمارات العربية المتحدة (المواطن بالتجنس) أثراً فورياً ومباشراً على جنسية زوجته، بحيث تُصبح مواطنة بالتجنس، متى تخلت عن

(١) إذ تنص المادة الثالثة على أنه : "لا يترتب على زواج المرأة الأجنبية بمواطن في الدولة أن تكتسب جنسية زوجها إلا إذا أعلنت وزارة الداخلية برغبتها في ذلك، واستمرت الزوجية قائمة مدة ثلاث سنوات من تاريخ إعلانها لهذه الرغبة، وبشرط أن تتنازل عن جنسيتها الأصلية . . . . " ؛ انظر علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص ٢٢٢ بند ١٦٠ .

جنسيتها الأصلية. فلم تُصرح المادة ١٠ بشرط التعبير عن إرادة الزوجة في الدخول في الجنسية الإماراتية، واكتفت بمجرد تنازلها عن جنسيتها الأجنبية، إذ يُعتبر هذا التنازل قرينة على رغبتها في الدخول في الجنسية الإماراتية. ولكن الواقع أن هذا نقص في التشريع كان ينبغي على المشرع تداركه، لأن الجنسية المكتسبة تُطلب ولا تُفرض، كما أن في إغفال هذا الشرط إهداراً لإرادة المرأة الأجنبية المتزوجة من مواطن بالتجنس، وهذا يُخالف اتجاه المشرع الإماراتي نحو التسوية بين دور المرأة ودور الرجل في مجال الجنسية، ومسايرة المبادئ المثالية في هذا المجال. فضلاً عن أن المشرع قد أخذ بشرط الطلب بالنسبة للمرأة الأجنبية المتزوجة من مواطن في المادة ٣ على نحو ما أشرنا آنفاً، لذا فإن حُسن التنسيق وسلامة السياسة التشريعية يقتضيان التوفيق بين هذه النصوص والتسوية بين المرأة الأجنبية المتزوجة بمواطن والمرأة الأجنبية المتزوجة من أجنبي يطلب التجنس بالجنسية الإماراتية بخصوص تقديم طلب الدخول في جنسية الدولة، لا سيما وأن المشرع لم يُغفل في المادة ١٠/ ٢ إرادة الأولاد القصر للمواطن بالتجنس حيث اعتبرهم مواطنين بالتجنس، تبعاً لجنسية أبيهم الإماراتية، ولكنه أجاز لهم "أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية، خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد"، عندما تكتمل إرادتهم.

ثالثا: مراعاة عدم التمييز في مجال منح الجنسية:

يُعتبر مبدأ عدم التمييز من أهم المبادئ القانونيَّة التي تلعب دوراً هاماً في مجال

القانون الدولي الخاص، وخاصة في مجال الجنسية [1]، إذ هو أحد المبادئ المثالية في هذه المادة. لذا فإن مقتضيات مبدأ حُسن النيَّة تفرض على الدولة أن تراعي في تنظيمها لقواعد جنسيتها عدم التمييز بين الأفراد، سواء تعلق الأمر بالجنسية الأصلية أم بالجنسية المكتسبة. ففي مجال الجنسية الأصلية، إذا كانت الدولة تأخذ بحق الدم كأساس لثبوتها فيجب أن تسوي بين دور الأب ودور الأم في هذا المجال. وفي مجال الجنسية المكتسبة يجب كذلك أن تسوي بين المواطن الطارئ (بالتجنس) والمواطن الأصلي.

ويبدو من مطالعة قانون الجنسية الإماراتي أنه يسوي بين دور الأم ودور الأب في مجال منح الجنسية الأصلية للأبناء (الجنسية بحكم القانون)، فمن يُولد في الدولة أو في الخارج لأب مواطن أو لأم مواطنة بحكم القانون يُعتبر مواطناً بحكم القانون. ولكن هذه التسوية ليست كاملة بين الأب والأم، إذ جعل للأب دوراً أساسياً في ثبوت الجنسية الإماراتية بحكم القانون، على حين أعطى للأم دوراً ثانوياً أو احتياطياً، وذلك في حالة ما إذا كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها، أو لم يثبت نسب المولود لأبيه قانوناً. فمن يُولد لأب مواطن في الدولة بحكم القانون تثبت له الجنسية الإماراتية بحكم القانون دون أي اعتبار آخر، أي دون النظر إلى جنسية

---

(١) انظر حول هذا المبدأ:
Giovanni Maria Ubertazzi: "Règles De non-discrimination et droit international privé", Recueil des Cours de L' Académie de Droit International de la Haye. 1977, IV, T., 157, pp. 333 - 414.

الأم، ولا إلى مكان ولادة الطفل، فحق الدم أو النسب هنا هو حق مطلق. أما من يولد لأم مواطنة، فيُشترط، حتى تثبت له الجنسية الإماراتية بحكم القانون، أن يكون الأب مجهول الجنسية أو عديمها، أو أن يكون الطفل غير شرعي. مما يعني أنه إذا كان الأب معلوماً من حيث الواقع وثبت نسب الطفل منه، ولكن جنسيته غير معلومة وقت ميلاد الطفل، فلا تثبت لهذا الأخير الجنسية الإماراتية بحكم القانون. ففي هذا الفرض يحدث نوع من التمييز بين أبناء الأب المواطن والأم المواطنة في مجال الجنسية بحكم القانون. ولكن يبدو من مقارنة هذا النص ببعض القوانين المقارنة كالقانون المصري [1]، أنه أكثر تقدماً في هذا المجال، لأنه لم يغرق في التمييز بين هاتين الطائفتين من الأبناء. فلم يشترط ضرورة ميلاد الطفل لأم مواطنة في إقليم دولة الإمارات، حتى تثبت له الجنسية الإماراتية بحكم القانون، ومن ثم لم يحرم أبناء الأم المواطنة المولودين في خارج إقليم الدولة من الحق في اكتساب هذه الجنسية [2]. ونحن نرى أنه كان يجدر بالمشرع الإماراتي أن يقرر التسوية الكاملة بين دور الأب ودور الأم في هذا المجال، حيث أن هذه التسوية تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، التي لا تُقر أي نوع من التمييز بين الناس من ناحية، كما تتفق مع

---

(١) المادة ٢/ ٢و٣ من قانون الجنسية المصرية الحالي، راجع محمد السيد عرفة: "الوجيز في الجنسية المصرية"، مرجع سابق، ص ٦٦ بند ١٣٦.

(٢) فتنص المادة ٢ على أنه: "يُعتبر مواطناً بحكم هذا القانون (ج) المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون ولم يثبت نسبه لأبيه قانوناً (د) المولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون، ولأب مجهول أو لا جنسية له".

ظروف دولة الإمارات العربية المتحدة بوصفها دولة قليلة السكان، بالمقارنة بمواردها الاقتصادية الضخمة، مما يستوجب عدم التضحية بأبناء الأم المواطنة المولودين لأب أجنبي معلوم الجنسية، بل المنطق يفرض منحهم الجنسية الإماراتية بحكم القانون أسوة بأبناء الأب المواطن، وضمهم إلى شعب الدولة. وهذا يقتضي في رأينا صياغة نص المادة السابقة بطريقة أكثر إيجازاً بحيث ينتفي معها أي نوع من التمييز بين دور الأب ودور الأم كالآتي: - "يُعتبر مواطناً بحكم هذا القانون: المولود في الدولة أو في الخارج لأب مواطن في الدولة بحكم القانون أو لأم مواطنة في الدولة بحكم القانون".

أما في مجال الجنسية المكتسبة (أي الجنسية بالتبعية أو بالتجنس) فقد ميزت المادة (١٣) من قانون جنسية دولة الإمارات بين المواطن المتجنس والمواطن بحكم القانون، إذ تنص على أنه: "لا يكون لمن اكتسب جنسية الدولة بالتجنس، وفقاً لأحكام المواد (٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠) حق الترشيح أو الانتخاب أو التعيين في أية هيئة من الهيئات النيابية أو الشعبية أو المناصب الوزارية. ويُستثنى من حكم هذه المادة المواطنون من أصل عُماني أو قطري أو بحريني بعد مرور سبع سنوات على اكتسابهم الجنسية". ويتضح من هذا النص أن المتجنس بالجنسية الإماراتية يُحرم بصفة دائمة من التمتع بكافة الحقوق السياسية التي نص عليها آنفاً. وفي هذا يتفق موقف المشرع

الإماراتي مع موقف بعض التشريعات المقارنة[1] . إلا أننا نلحظ على هذا النص ملحوظتين : الأولى : إنه لم يجعل الحرمان من التمتع بالحقوق السياسية محدداً بمدة معينة ، على نحو ما تنص عليه بعض قوانين الجنسية في العالم المعاصر[2] ، بحيث يسوى تماماً بين المواطن بالتجنس والمواطن بحكم القانون بعد انقضائها . ولهذا يذهب رأي في الفقه نرجحه - إلى أنه كان " من الأجدر تحقيق المساواة في المعاملة بين كافة المواطنين المتمتعين بجنسية الدولة ، سواء أكانوا من أصحاب الجنسية الأصلية أو الجنسية المكتسبة . وإذا كان هناك مقتضٍ لعدم تحقيق التسوية الفورية للمتجنس مع أصحاب الجنسية الأصلية ، لاعتبارات تتعلق بالتأكد من أن الأجنبي الذي اكتسب جنسية الإمارات لم يكن يهدف من وراء ذلك إلى الوصول إلى هدف يمس كيان الدولة السياسي ، فإنه يكفي أن يقتصر الحرمان من بعض الحقوق أو عدم المساواة لمدة زمنيَّة ، تزول بعدها التفرقة بين جميع حاملي جنسية الدولة ، سواء أكانت جنسيتهم أصلية أو مكتسبة "[3] . والثانيَّة : أنه استثنى فئة معينةمن المتجنسين بجنسية الإمارات ، وهم المواطنون من أصل عُماني أو قطري أو بحريني ، فحدد لهم مدة سبع سنوات من تاريخ اكتسابهم لجنسية دولة الإمارات ، يُحرمون خلالها من التمتع

(١) انظر على سبيل المثال المادة (١١) من نظام الجنسية العربية السعودية ؛ والمادة ١٠ من قانون الجنسية المصرية لعام ١٩٧٥م .

(٢) انظر المادة ٦/ ٣ من قانون الجنسية البحرانية لعام ١٩٦٣م ؛ والمادة ٨ من قانون الجنسية القطرية رقم ٢ لسنة ١٩٦١م ؛ والمادة ٩ من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م ؛ والمادة ٦ قانون الجنسية الكويتية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩م المعدل .

(٣) مثال ذلك المادة ٩ من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م .

بالحقوق السياسية، ثم يسوى تماماً بعدها بينهم وبين المواطنين بحكم القانون.

ونرى أن اتجاه المشرع الإماراتي نحو التمييز بين المواطن المتجنس والمواطن بحكم القانون فيما يتعلق بالحقوق السياسية فقط، وإن كان لا يتفق مع المبادئ المثالية السائدة في مادة الجنسية، إلا أنه يتنافى مع مبدأ حُسن النيَّة، لأن هذا التمييز تفرضه اعتبارات تتعلق بالأمن الوطني وبكيان الدولة السياسي والاجتماعي، ومن ثم فمتى كان النص عاماً لا يُميز بين طائفة وأخرى من المتجنسين بجنسية الدولة دون مقتض، فلا غبار عليه. أما إذا وجدت حكمة تبرر هذا التمييز، كما هو الشأن بالنسبة للمواطنين من أصل عُماني أو قطري أو بحريني، فلا يجوز النعي على النص بأنه مُخالف لمبدأ حُسن النيَّة، فهذه الطائفة ترتبط بمجتمع دولة الإمارات العربية المتحدة بروابط وثيقة، أكثر من غيرها من الفئات الأخرى، مما كان له الأثر في تخفيض مدة الإقامة اللازمة لمنحها جنسية الإمارات بالتجنس العادي، حيث أجازت المادة (٥/ أ) منحها لها بشرط الإقامة "في الدولة بصورة مستمرة ومشروعة لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، تكون سابقة مباشرة على تقديم طلب التجنس". لذا فلا غرابة أن يُقرر لهم المشرع ميزة خاصة بالنسبة لممارسة الحقوق السياسية. ولكننا نرى أنه كان حرياً به أن يمد نطاق هذه الميزة إلى فئة أخرى تتفق مع هذه الفئة في صلاتها بالجماعة الوطنيَّة الإماراتية، وهي تتضمن أفراد القبائل العربية الذين نزحوا من البلدان المجاورة إلى دولة الإمارات وأقاموا فيها، فقد منحتهم المادة (٥/ ب) جنسية الإمارات بالتجنس، إذا أقاموا مدة ثلاث سنوات بها، مثل العربي من أصل عماني أو قطري أو بحريني.

الفرع الثالث
حُسن نيّة الدولة في مجال فقد الجنسية

ومن مقتضيات حُسن النيَّة أيضاً أن تعتد الدولة بإرادة الفرد في مجال فقد الجنسية، سواء تم هذا الفقد بإرادته من خلال تركه جنسيته واكتسابه لجنسية أجنبية، أم بإرادة الدولة عن طريق التجريد بالسحب أو بالإسقاط. إذ أن الجنسية ليست رابطة أبدية لا تقبل التغيير، بل تقضي المواثيق الدولية والمبادئ المثالية بضرورة الاعتراف للفرد بالحق في تغيير جنسيته واكتساب جنسية أخرى[1].

أولاً: كفالة حق الفرد في تغيير جنسيته:

فلا يجوز للدولة أن تُقيد حق الفرد في تغيير جنسيته، وذلك بأن تُعلق فقده لها على موافقة السلطة المختصة بها، والتي تتمتع في بعض الدول بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير إمكانيَّة الإذن بالتجنس بجنسية أجنبية من عدمه[2]. لأنه مهما تكن المبررات التي تستند إليها هذه السلطة، فإن اشتراط هذا الإذن يتعارض مع اعتبار الجنسية حقاً من حقوق الإنسان الأساسية، كما يتعارض مع مبدأ حُسن النيَّة الذي يجب أن يسود

---

(١) راجع المادة ١٥/ ١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١ ديسمبر ١٩٤٨م، والتي تنص على أن: "لكل فرد حق التمتع بجنسية ما"؛ وكذلك المادة ٢٤/ ٣ من الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر ١٩٦٦م (القرار رقم ٢٢٠٠) والتي تنص على أن: "لكل طفل الحق في أن تكون له جنسية".

(٢) انظر على سبيل المثال المادتين ١٠ و ١٦ من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م.

علاقات الدولة في مجال الجنسية، ليس فقط عندما تتصل هذه العلاقات بغيرها من الدول، بل أيضاً عندما يتعلق الأمر بحرية الأفراد وحقوقهم الأساسية.

وفيما يتعلق بحق المواطن الإماراتي في تغيير جنسيته واكتساب جنسية أجنبية، فلا يتضمن قانون الجنسية نصاً صريحاً يقرر هذا الحق، على نحو ما تنص عليه بعض التشريعات المقارنة، رغم أنه يعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان، إذ حرصت المواثيق الدولية على تقريره[1]. كما أن إغفال النص عليه يتعارض مع مقتضيات مبدأ حُسن النيَّة. ولم يتَّبع المشرع النهج الذي سارت عليه بعض قوانين الجنسية المعاصرة، والتي تسمح للمواطن بالتجنس بجنسية أجنبية، بعد الحصول على إذن من سلطاتها المختصة، في ضوء مصالحها العليا[2]. بل لقد نصت المادة (١٥/ج) على أن جنسية الدولة تسقط "عن كل من يتمتع بها في الحالات الآتية: ج- إذا تجنس مختاراً بجنسية أجنبية". وقد تكون الحكمة من عدم السماح للمواطن الإماراتي بالتجنس بجنسية أجنبية هي حرص المشرع الإماراتي على أبناء الدولة، ولكن هذا الحرص لا يجوز أن يطغى على المبادئ الأساسية التي تقوم عليها رابطة الجنسية، وأهمها مبدأ حُسن

(١) راجع المادة ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر عام ١٩٤٨م.

(٢) بل أن بعض القوانين العربية مثل قانون الجنسية العمانية رقم ١ لسنة ١٩٧٢م، ينص في المادة ٧ منه على أنه: "يفقد العُماني جنسيته العمانية إذا اكتسب جنسية أجنبية، بعد أن يحصل على الترخيص بذلك بمرسوم سلطاني. ولا يُعطى الترخيص إلا بعد قيامه بجميع واجباته والتزاماته تجاه الدولة".

النيَّة .

وبمطالعة قانون الجنسية الإماراتي نجد أنه قد أقر حق الدولة في سحب الجنسية عن المتجنس. فتنص المادة (١٦) على أن: "تُسحب الجنسية من المتجنس في الحالات التالية :

١- إذا أتى عملاً يُعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها، أو شرع في ذلك .

٢- إذا تقرر الحكم عليه بجرائم مُشينة .

٣- إذا أظهر تزويراً أو احتيالاً أو غشاً في البيانات التي استند إليها في منحه الجنسية .

٤- إذا أقام خارج الدولة بصورة مستمرة، ودون مبرر، مدة تزيد على أربع سنوات[1]".

ونلاحظ أن هذه الحالات تنص عليها الغالبية العظمى من قوانين الجنسية في دول العالم المعاصر[2]، وذلك أنه رغم المساوئ التي يُمكن أن تترتب على سحب الجنسية من المواطن بالتجنس، ومن أهمها صيرورته عديم الجنسية، فإن سحبها منه يُعد جزاءً مناسباً لما ارتكبه من جرائم جنائية مشينة، ولإخلاله بأمن الدولة وسلامتها، مما يدل على سوء سلوكه، وعدم صلاحيته للبقاء عضواً صالحاً في الجماعة الوطنيَّة. ومن ثم فلا يكفي الطعن من حيث المبدأ في إجراء سحب الجنسية منه بأنه يتعارض مع مبدأ

(١) المستبدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م، الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ في ٢٦/ ١/ ١٩٧٥م .

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ١٥ من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م .

حُسن النيَّة الذي يجب أن يسود علاقات الجنسية، إذ لا يُمكن الجزم بأن الدولة تعسفت في استعمال حقها في هذا الصدد. ونلاحظ على المادة (١٦) . . . من ناحية أنها تشترط تسبيب القرار الصادر بسحب الجنسية، على نحو ما تنص عليه بعض القوانين المقارنة[١]، حيث أن هذا التسبيب يهدف إلى الحفاظ على حقوق الأفراد، وتوخي الموضوعية[٢]. ومن ناحية أخرى لم تجعل السحب مؤقتاً بمدة معينة، كخمس سنوات مثلاً بعد اكتساب الأجنبي لجنسية الدولة[٣]. ومن ثم فإن كان هذا الإطلاق في النص مقبولاً بالنسبة للحالة الثالثة المتعلقة بالغش والتزوير في بيانات اكتساب الجنسية، فإن مقتضيات حُسن النيَّة تقتضي التضييق من حالات سحب الجنسية وتحديد مدة معينة من تاريخ اكتساب المتجنس جنسية الدولة، بحيث أنه إذا انقضت هذه المدة، دون أن يرتكب الشخص أفعالاً تمس أمن الدولة وسلامتها، ودون أن تصدر ضده أحكامٌ مُشينة، أصبح في مأمن من اتخاذ إجراء السحب ضده، حتى تستقر المراكز القانونيَّة.

والواقع أن سحب الجنسية من المتجنس بها حديثاً يعد إجراءً مشروعاً للدولة، ويتفق مع ما تسير عليه القوانين المنظمة للجنسية في مختلف دول العالم المعاصر.

---

(١) راجع المادة ١٥/٣ من قانون الجنسية المصرية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م ؛ وكذلك المادة ١٤/٢ (ب) من قانون الجنسية القطرية رقم ٢ لسنة ١٩٦١م.

(٢) أحمد عبد الكريم سلامة: "الوسيط. . . . ."، مرجع سابق، ص ٢٢٠ بند ٤٧٧.

(٣) انظر على سبيل المثال المادة ١٥ من قانون الجنسية المصرية لعام ١٩٧٥م.

كما أنه لا يتعارض مع مبدأ حُسن النيَّة، حتى ولو ترتب عليه أن يُصبح هذا الشخص عديم الجنسية، لأن ما أصابه لم يكن إلا نتيجة تصرفاته وسوء سلوكه، ومن ثم فلا يلومن إلا نفسه، كما أن عودته إلى دولته الأولى أمر طبيعي، فهي الدولة الوحيدة التي يجب أن تتحمله وتتقبل رجوعه إليها أكثر من غيرها من الدول.

أما إسقاط جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة فقد نصت عليه المادة (١٥) من قانون الجنسية بقولها: "تسقط جنسية الدولة عن كل من يتمتع بها في الحالات الآتية:

أ- إذا انخرط في خدمة عسكرية لدولة أجنبية دون إذن من الدولة، وكلف بترك الخدمة، ورفض ذلك.

ب- إذا عمل لمصلحة دولة معادية.

ج- إذا تجنس مختاراً بجنسية دولة أجنبية".

ويتضح من هذا النص أن المشرع الإماراتي لم يتوسع في حالات إسقاط الجنسية كجزاء يوقع على كل شخص يرتكب أفعالاً تنُم عن عدم ولائه للدولة، وهو اتجاه يتفق مع ما تقرره المواثيق الدولية، التي تسعى إلى التقليل من حالات إسقاط الجنسية، لما تؤدي إليه من صيرورة الشخص عديم الجنسية[1]. إذ أن مطالعة هذه

(١) راجع على سبيل المثال المادة ٨/ ١ من اتفاقية نيويورك المتعلقة بتقليل حالات انعدام الجنسية، والتي أعدتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، والموقعة في ٣٠ أغسطس ١٩٦١م والنافذة اعتباراً من ١٣ ديسمبر سنة ١٩٧٥م، التي تنص على أنه: "لا يجوز لدولة طرف في الاتفاقية أن تحرم شخصاً من جنسيته، إذا ترتب على هذا الحرمان صيرورته بدون جنسية"؛ وكذا نص المادة ١٥/ ٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تقر أنه: لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفاً".

الحالات تُظهر أنها في مجموعها تُعبر عن ارتكاب الشخص أفعالاً تقطع بتغيير ولائه واتجاهه نحو دولة أخرى، حتى أضحى وجوده بين الجماعة الوطنيَّة يُشكل خطراً على أمنها وسلامتها. ومما يتفق مع مبدأ حُسن النيَّة أن المُشرع الإماراتي لم ينص على حالات أخرى لإسقاط الجنسية مثل حالة عمل المواطن لدى دولة أو حكومة أجنبية أو قبوله وظيفة لدى حكومة أجنبية أو هيئة دولية [1]، وهو أمر محمود في هذا المجال. وكان ينبغي على المشرع حتى تكتمل مقومات حُسن نيَّة الدولة في هذا الصدد أن ينص على تسبيب القرار الصادر بإسقاط الجنسية، لأن هذا التسبيب يُعتبر ضمانة هامة للشخص الذي صدر بشأنه هذا القرار، بحيث يُصبح على بيِّنة من أمره، ويتحقق من الوقائع المنسوبة إليه، والتي صدر بناءً عليها قرار الإسقاط. كما أن هذا التسبيب يجعل السلطة المختصة تتريث في إصدار قرارها. وكان ينبغي كذلك اشتراط إنذار المواطن بعواقب عمله، ليتدبر أمره، ويُصحح وضعه، ويثوب إلى رشده. إذ لا شك أن هذه ضمانة من الضمانات الهامة التي تُراعي حقوق الإنسان، وتُعبر عن حُسن نيَّة الدولة وعدم تخليها عن أبنائها بسهولة، بل تترك لهم الفرصة لكي يراجعوا أنفسهم. ولم يُحدد المشرع ما إذا كان إسقاط الجنسية عن مواطن يستتبع إسقاطها عن

---

(١) إذ تنص بعض القوانين العربية على هذا الشرط مثل المادة ١٣/ ٣ و ٤ من نظام الجنسية العربية السعودية التي تنص على أنه: "لا يجوز بمرسوم مسبب إسقاط الجنسية العربية السعودية عن أي سعودي في أي حالة من الحالات الآتية: . . . . . ٣- إذا عمل لمصلحة دولة أو حكومة أجنبية وهو في حالة حرب مع المملكة العربية السعودية. ٤- إذا قبل وظيفة لدى حكومة أجنبية أو هيئة دولية، وبقي فيها، بالرغم من الأمر الذي صدر إليه من حكومة جلالة الملك بتركها".

تابعيه من زوجة وأولاد قصر، مثلما فعلت بعض القوانين المقارنة [1]، ولكن التأمل في نص المادة (١٩) يُظهر أن الإسقاط ينصرف إلى الشخص وحده، بدليل أنها تستهل صياغتها بالعبارة التالية: "تسقط جنسية الدولة عن كل من يتمتع بها في الحالات التالية" [2]. كما أن هذا يتفق مع ما تقضي به المبادئ العامة، باعتبار أن الإسقاط عقوبة توقَّع على الشخص نفسه "دون غيره من تابعيه، تمشياً مع مبدأ شخصية العقوبة، إذ لا تزر وازرة وزر أخرى" [3]، فضلاً عن كونه يتفق مع مبدأ حُسن النيَّة محل البحث.

وقد حصر قانون الجنسية الاتحادي حالات استرداد الجنسية في ثلاث حالات، نص عليها في المادتان (١٧ و ١٨)، مسايراً بذلك الاتجاهات التشريعية السائدة في قوانين الجنسية المعاصرة [4]، وهي: -

أولاً: حالة المواطن بحكم القانون الذي فقد جنسية الإمارات، بسبب تجنسه بجنسية أجنبية، فيسترد جنسية الإمارات، إذا رغب في ذلك، شريطة أن يتخلى عن جنسيته المكتسبة. أما المواطن بالتجنس الذي فقد جنسية الإمارات بالسحب أو بالإسقاط، فلا يجوز له العودة إليها مرة أخرى، إذ نصت المادة (١٢) على أنه: "لا

(١) انظر المادة ١٣ من نظام الجنسية العربية السعودية المشار إليها في الحاشية السابقة.

(٢) علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص ٢٥٠ بند ١٨٩.

(٣) علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص ٢٥٠ بند ١٨٩.

(٤) انظر على سبيل المثال المواد ٥ و ١٢ و ١٨ و ١٩ من نظام الجنسية العربية السعودية التي نصت على خمس حالات لاسترداد هذه الجنسية تتعلق بالمرأة السعودية وبأولادها القصر.

تُمنح الجنسية إلا مرة واحدة" . وتستطيع المواطنة بحكم القانون أن تسترد الجنسية الإماراتية إذا اكتسبت جنسية أجنبية، بسبب آخر غير الزواج، متى طلبت ذلك، وتخلَّت عن جنسيتها الأجنبية[1] . ولكن المواطن بحكم القانون الذي يفقد الجنسية الإماراتية بسبب آخر غير التجنس بجنسية أجنبية، كما لو عمل لمصلحة دولة معادية مثلاً، فلا يجوز له أن يستردها .

ثانياً: المواطنة بحكم القانون التي تزوجت من أجنبي، ثم اكتسبت جنسيته، فترتب على ذلك فقدها جنسية الإمارات، فيجوز لها أن تسترد هذه الجنسية، بشرط أن تتخلى عن جنسية زوجها، وأن تنقضي رابطة الزوجية بوفاة الزوج أو هجره أو طلاقها .

ثالثاً: الأولاد القصر للمواطن الإماراتي الذي فقد جنسيته بالسحب أو بالإسقاط، يكون لهم أن يستردوها عند بلوغهم سن الرشد، متى تقدموا بطلب الاسترداد، حيث يتم الاسترداد بقوة القانون، من تاريخ تقديم الطلب .

(١) علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص ٢٥٣ بند ١٩٤ .

المطلب الثاني
حُسن نيَّة الأفراد

يُمكن أن تُثار مسألة حُسن أو سوء نيَّة الأفراد عند اكتسابهم لجنسية الدولة بطريق التجنس أو بالزواج المختلط، وكذا عند استعمالهم لحقهم في تغيير جنسيتهم، وعند إثباتهم التمتع بها. ويؤخذ حُسن النيَّة في هذه الحالات بمعناه العام، أي بوصفه السلوك القويم الذي يتطلب الصدق والأمانة والنزاهة في التعامل وعدم الإضرار بالغير. وفيما يلي نقسم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نخصصها على التوالي لبحث حُسن نيَّة الفرد عند اكتساب الجنسية في الحالات السابقة: ـ

الفرع الأول
حُسن نيَّة الفرد عند اكتساب الجنسية

يتطلب حُسن النيَّة من الفرد أن يسلك الطريق القويم عند سعيه لاكتساب جنسية الدولة. لذا فإن سوء نيته يبدو عندما يقدم أوراقاً مزورة لاكتسابها أو يستعمل طرقاً احتيالية أو تدليسية للوصول إلى هذا الهدف. ولهذا تقرر الغالبية العظمى من القوانين المقارنة في مادة الجنسية جواز سحب الجنسية المكتسبة من كل أجنبي اكتسبها بناءً على أقوال كاذبة أو بطريق الغش والتدليس، وإخفاء الحقيقة، واستخدام مستندات مزورة[1].

(١) انظر على سبيل المثال المادة ١٥ من قانون الجنسية المصرية الحالي لعام ١٩٧٥م، والمادة ٢٢ من نظام الجنسية العربية السعودية.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة (١٦/ ٣) من قانون جنسية الإمارات بعد تعديلها[١] بقولها: "تُسحب الجنسية عن المتجنس في الحالات الآتية: ٣-إذا ظهر تزوير أو احتيال أو غش في البيانات التي استند إليها في منحه الجنسية".

ونلحظ على هذا النص ملوحظتين: الأولى: أنه جعل سحب الجنسية أمراً وجوبياً، وليس جوازياً، ومن ثم فمجرد ثبوت سوء نيَّة المتجنس نتيجة لحصوله على جنسية الإمارات بتزوير البيانات الخاصة أو الاحتيال أو الغش فيها، يستوجب سحب الجنسية منه. مثال ذلك إذا قدم المتجنس شهادة مزورة تثبت أنه قد تنازل عن جنسيته الأجنبية حتى يحصل على جنسية الإمارات. والثانيّة: أن سحب الجنسية بسبب غش المتجنس وتزويره واحتياله، أي بسبب سوء نيته وعدم أمانته في اكتسابها، غير مقيد بمدة معينة، فهو سحب مطلق أو غير مقيد المدة، وهذا الاتجاه محمود من المشرع الإماراتي، لأن محاربة الغش والتزوير يجب ألا تتقيد بمدة معينة. أما القول بخلاف ذلك وتقييد السحب في هذه الحالة بمدة محددة فسيترتب عليه إصلاح الغش والتزوير بمضي المدة، وهو أمر غير مقبول وغير جائز شرعاً وقانوناً[٢]، ويتعارض مع مبدأ حُسن النيَّة، لأن الغش والتزوير والاحتيال ينبئ عن سوء النيَّة لدى فاعله. ونستطيع أن نقرر أن نص المادة (٦/ ١٣) جاء موفقاً، حيث يفضل النصوص المقابلة له، والتي تنظم سحب الجنسية الوطنيَّة من المتجنس بها عن طريق الغش والتزوير والاحتيال في

---

(١) بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م (الجريدة الرسمية، العدد ٣٢ في ٢٦/ ١/ ١٩٧٥م.

(٢) انظر فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٢٥١ بند ٢٥٢.

القوانين المقارنة .

الفرع الثاني
حُسن نيّة الفرد عند تغييره لجنسيته

سبق أن ذكرنا أن من حق كل فرد يحمل جنسية الدولة أن يُغيِّر جنسيته، إذ أن هذا الحق من الحقوق الأساسية والهامة في مجال الجنسية[1]. ولكن مقتضيات حُسن النيَّة في هذا المجال تفرض على الفرد ألاَّ يتعسف في استعماله، وأن لا يسيء استخدامه، أي أن يكون حَسَنَ النيَّة في ذلك. ويكون الشخص سيئ النيَّة عندما لا يقصد من تغييره للجنسية مجرد التغيير في حد ذاته، وإنما يقصد تغيير ضابط الإسناد عند اللجوء إلى محاكم دولة معينة، بصفته مدعياً أو مُدَّعَىً عليه، أو عند رغبته في تطبيق قانون دولة معينة بناء على معيار الجنسية، كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية[2]. وقد يكون تغييره للجنسية بقصد التهرب من التزاماته تجاه الدولة، كالالتزام بتأدية الخدمة العسكرية أو الوطنيَّة الإلزامية، أو الوفاء بالضرائب المستحقة عليه للدولة. ولذا تحرص قوانين الجنسية المقارنة على عدم السماح للوطني بالتجنس بجنسية أجنبية، إلا بعد الحصول على إذن بذلك من السلطات المختصة في دولته الأصلية.

---

(١) انظر فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٢٧ بند ٢٥.

(٢) راجع على سبيل المثال المواد ١١، ١٢ من القانون المدني المصري.

ولم يتضمن قانون الجنسية الإماراتية نصاً يفرض على المواطن ضرورة الحصول على إذن من سلطات الدولة المختصة قبل تجنسه بجنسية أجنبية، وذلك على نحو ما تسير عليه بعض التشريعات المقارنة[1] . ولا شك أن هذا الموقف يُحمد للمُشرع الإماراتي، لأن اشتراط مثل هذا الإذن يؤدى إلى تقييد حق الفرد في تغيير جنسيته، وهو من الحقوق الهامة في مجال الجنسية .

الفرع الثالث
حُسن نيّة الفرد عند إثبات جنسيته

وفضلاً عن ذلك فإن هناك تطبيقاً آخراً لفكرة حُسن النيَّة في مجال إثبات الجنسية الأصلية التي تستند إلى حق الدم من ناحية الأب، وهو أنه لما كان إثبات هذه الجنسية يتطلب أن يقوم الفرد بتعقب تسلسل الأجيال السالفة لآبائه وأجداده حتى يصل إلى الجيل الأول منهم الذي اكتسب الجنسية التأسيسية للدولة . وهو لا شك أمر عسير جداً، خاصة في الدول قديمة العهد بالجنسية، فإن قوانين بعض الدول قد أخذت بفكرة "الحالة الظاهرة" أو "حيازة الحالة" possession d'état، وهي فكرة مستمدة من حيازة الحقوق العينيَّة المطبقة في مجال علاقات القانون المدني[2] . ويرى

(١) انظر على سبيل المثال المادة ١٠ من قانون الجنسية المصرية لعام ١٩٧٥م .

(٢) راجع حول هذه الفكرة: ماهر إبراهيم السداوي: "إثبات الجنسية الأصلية القائمة على حق الدم عن طريق الحالة الظاهرة"، مطبوعات سلسلة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة المنصورة، ١٩٨٣م ؛ هشام على صادق: "الجنسية والموطن ومركز الأجانب=

الفقه المؤيد لها أنه لما كانت حيازة المالك والظهور بمظهر المالك قد تقوم دليلاً على ملكية الحائز لهذا المال، فإن إثبات الجنسية يُمكن أن يتم عن طريق اعتبار حيازة الشخص للجنسية، أي ظهوره بمظهر المواطن، وسيلة لإثبات هذه الجنسية، أي الاعتداد بالوضع الظاهر، واعتباره مواطناً حتى يثبت العكس.

ويجرى الفقه والقضاء على القول بأن الحالة الظاهرة تتضمن ثلاثة عناصر هي: الاسم والشهرة والمعاملة[1]. وبتطبيق ذلك على الجنسية الإماراتية نقول أن من تشهد له الحالة الظاهرة بكونه متمتعاً بالجنسية الإماراتية اعتُبر كذلك. فإذا تم التحقق من أن لقبه إماراتي، وأنه عومل في المجتمع الإماراتي على أنه كذلك، واشتهر بين الناس على أنه إماراتي لظهوره بمظهر المواطن الإماراتي الذي دلت عليه العناصر السابقة، اعتُبر إماراتياً حتى يثبت العكس[2].

ونخلص من ذلك إلى أن فكرة الحالة الظاهرة هي من الأفكار التي يجرى الاستناد إليها في إثبات الجنسية الأصلية للشخص، والتي تجد أساسها في نظرية

= المجلد الأول في الجنسية والموطن"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧م، ص ٦٢؛ أحمد قسمت الجداوي: "الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الجنسية ومركز الأجانب"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٧م، ص ٢٩٠.

(١) Y. Loussouarn et P. Bourel: "Droit international Privé", 3éd., Coll. Précis Dalloz, Paris, 1989, p. 464, No. 297.

(٢) في نفس المعنى بالنسبة للجنسية المصرية: فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ٢٨٥، بند ٢٨١؛ وانظر حول إثبات الجنسية السعودية: محمد إبراهيم دسوقي: "إثبات الجنسية العربية السعودية"، مجلة الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة بالرياض، العدد ٦٩، رجب ١٤١١هـ - يناير ١٩٩١م، ص. ص. ١١٣-١٤٦.

الظاهر la thèorie de l'apparence.[1] ومن المعلوم أن هذه النظرية تستند في أساسها إلى "فكرة حُسن النيَّة". وهذا يُفضي إلى القول بأن أساس الأخذ بفكرة الحالة الظاهرة أو حيازة الحالة في مجال إثبات الجنسية هو فكرة حُسن النيَّة ذاتها، خاصة وأن الإثبات بناءً على فكرة حيازة الحالة يُقيم قرينة قضائية بسيطة تقبل إثبات العكس، وهذا ما يتفق مع القاعدة المُقررة في مجال إثبات حُسن النيَّة، والتي يقضي بأن حُسن النيَّة يُفترض دائماً، ما لم يقم دليل على العكس[2]. ونستند أيضاً في قولنا بأن أساس الأخذ بفكرة الحالة الظاهرة في مجال إثبات الجنسية الأصلية هو فكرة حُسن النيَّة، إلى أن الفقه عندما ذهب إلى قياس الحالة الظاهرة في مجال الجنسية على فكرة الحالة الظاهرة في مجال اكتساب الحقوق العينيَّة، وجعل من هذه الأخيرة أساساً للأولى، فإنه اشترط لصحة هذا القياس أن تتوافر كافة الشروط في الأمرين أو الفكرتين (المقيس والمقيس عليه). ومن ثم فلما كانت القاعدة في اكتساب الحقوق العينيَّة بناءً على فكرة حيازة الحالة تستند إلى عنصر أساسي، وهو "حُسن نيَّة الحائز"، أي جهله بالعيب الذي يشوب سند الملكية، أو جهله بأنه مالك للشيء الذي يحوزه ويدعي ملكيته، فإن حُسن نيَّة الشخص الذي يتذرع بأنه مواطن يحمل

---

(١) انظر:
M. N. Jobard - Bachellier: "L' apparence en droit international Privé: essai sur le rôle des representations individuelles en droit international privé", L.G.D.J., Paris, 1984.

(٢) هذا ما قررته المادة ٩٦٥/ ٣ من القانون المدني المصري بقولها: "حُسن النيّة يُفترض دائما ما يقم دليل على العكس".

الجنسية الأصلية للدولة تُعتبر شرطاً ضرورياً للاعتداد بمظهره الوطني في مجال إثبات هذه الجنسية، بل إن حُسن نيته هو الأساس في الأخذ بهذه القرينة. والتالي فإذا كان سيئ النيَّة فلا شك في أن القضاء سيتردد كثيراً في الأخذ بمظهره هذا. ولكن نستطيع أن نقرر مع ذلك صعوبة إثبات سوء نيته، لذا فإن الأصل هو حُسن النيَّة، وعلى من يدعي سوء النيَّة أن يثبت ادعاءه. وبذلك يُعفى من يمتلك الحالة الظاهرة من إثبات سوء نيته، بل يُفترض حُسنها دائماً.

ونشير أخيراً إلى أنه إذا لجأ أحد الأشخاص إلى الغش وسوء النيَّة في إثبات الجنسية، وذلك بتقديم أوراق مزورة أو مستندات أو وثائق غير مطابقة للحقيقة بقصد إثبات تمتعه بالجنسية أو نفيها عنه، فإن الغالبية العظمى من قوانين الجنسية المقارنة تقرر توقيع جزاءات جنائية على كل من يثبت أو يحاول إثبات اكتسابه لجنسية الدولة بوسائل مبناها الغش أو التزوير[1]. مثال ذلك ما تنص عليه المادة (٢٦) من نظام الجنسية العربية السعودية من أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أخرى أشد، يُعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تتجاوز ألف ريال عربي سعودي، كل من أبدى أمام السلطات المختصة، بقصد إثبات الجنسية العربية السعودية له أو لغيره، أو بقصد نفيها عنه وعن غيره، أقوالاً كاذبة، أو قدم إليها أوراقاً غير صحيحة مع علمه بذلك، وتصدر الموافقة بقرار مسبب من وزير الداخلية"[2]. فعبارة "مع علمه بذلك"

(١) أحمد عبد الكريم سلامة: "المبسوط....."، مرجع سابق، ص ٩٢٢، بند ١٢٥٥.

(٢) راجع على سبيل المثال: حكم مماثل بالمادة ٢٧ من قانون الجنسية المصرية الحالي رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م.

الواردة بالنص تنفي عن الشخص حُسن نيته، ومن ثم تجعله سيئ النيَّة، يستحق توقيع العقوبات الجنائية الصارمة التي قررها النظام جزاءاً لسوء نيته.

المطلب الثالث
حُسن نيّة الغير في إطار نظرية احترام الحقوق المكتسبة
La Bonne Foi du Tiers dans le cadre de la thèorie de droits acquis

ويُمكن أن نجد تطبيقاً هاماً من تطبيقات فكرة حُسن النيَّة في مجال الجنسية، وذلك عند إعمال نظرية احترام الحقوق المكتسبة للغير في هذا المجال. وهي من النظريات الشهيرة في كافة فروع القانون العام والخاص، والتي تسمح باحترام الحق الذي اكتسبه "الغير" le tiers، أي من لم يكن طرفاً في العلاقة القانونيَّة الأصلية، ولكنه يتعامل مع الفرد الذي يحمل جنسية الدولة، وذلك مراعاة لحُسن نيته، إذا كان يجهل الظروف الملابسة لها أو الآثار الناجمة عنها.

ويبدو أثر إعمال نظرية الحقوق المكتسبة في مجال الجنسية عند حدوث تغيير في المركز القانوني للفرد باكتسابه جنسية الدولة أو بفقده لها أو استردادها. فإذا كان "الغير" الذي تعامل معه هذا الفرد "يجهل" هذا التغيير في حالته السياسية، وهي الجنسية، فإنه يعتبر حَسَنَ النيَّة، ومن ثم يستحق الحماية القانونيَّة، ولا يُضار بهذا التغيير الذي طرأ على المركز القانوني للشخص الذي يتعامل معه، إذا لم تكن له يد

في هذا التغيير. كما أن هناك تطبيقاً آخر لنظرية احترام الحقوق المكتسبة في مجال الجنسية يتمثل في الحالة التي يتم فيها تطبيق أحكام الجنسية بأثر رجعي. وفيما يلي نخصص فرعاً مستقلاً لكل من هاتين المسألتين على النحو التالي :-

الفرع الأول
جهل الغير بالحالة السياسية لمن يتعامل معه

إذا تعامل شخص مع شخص آخر يحمل جنسية دولة معينة بأن أبرم معه تصرفات معينة على أنه مواطن، ثم فقد هذا الأخير جنسيته، وأصبح أجنبياً، فإن مقتضيات حُسن النيَّة واحترام الحقوق المكتسبة للغير تتطلب عدم الإضرار به من جراء التغيير الذي حدث في المركز القانوني لمن يتعامل معه، دون تدخل منه في هذا التغيير. وتستند حماية الغير في هذه الحالة إلى حُسن نيته، الذي يعد الأساس الذي ترتكز عليه نظرية احترام الحقوق المكتسبة. أما إذا كان هذا الغير سيئ النيَّة، أي يعلم بالتغيير الذي طرأ على المركز القانوني (الحالة السياسية)l'état politique للشخص الذي تعامل معه، ورغم ذلك أبرم التصرف معه، فإنه لا يستحق أية حماية قانونيَّة، ولا يَلُومَنَّ إلا نفسه.

ولقد أوصى معهد القانون الدولي حديثاً بتوصية خاصة في مجال احترام الحقوق المكتسبة للغير في مادة الجنسية، مُفادها أنه إذا اكتسب شخص ما حقاً في ظل قاعدة أو مبدأ أو نص قانوني معين، ثم تغيرت تلك القاعدة أو ذلك المبدأ أو هذا

النص، فلا يجوز الإضرار بالحقوق المكتسبة للغير والتي اكتسبها قبل هذا التغيير بحُسن نيه[1].

والواقع أنه يُمكن أن يمتد نطاق هذه التوصية إلى الحالة التي لا يتم فيها تغيير في القاعدة أو المبدأ أو النص القانوني ذاته، وإنما تتغير حالة الفرد السياسية، بناء على حدوث وقائع معينة، ترتب عليها اكتسابه لجنسية دولة أخرى غير تلك التي كان يحمل جنسيتها. فإذا تعاقد هذا الشخص مع الغير بصفته أجنبياً، وكان هذا الغير لا يعلم بواقعة اكتسابه لجنسية الدولة الجديدة، ثم تعامل معه على هذا الأساس، فإن مُتطلبات حُسن النيَّة تقضي بحماية هذا الغير، إذا كان في الاعتداد بالصفة الجديدة لمن تعامل معه إضرار به وبمصالحه، وذلك رعاية لحُسن نيته.

ويصدق نفس القول على الحالة التي يتمتع فيها الشخص بجنسية دولة معينة، ثم يفقدها لأي سبب من أسباب الفقد المعروفة، وبذلك يُصبح أجنبياً. فإذا تعامل معه شخص من الغير على أنه مواطن، واعتمد في ذلك على هذه الصفة، وكان يجهل واقعة التغيير الذي حدث في صفة الشخص الذي تعامل معه، فيجب حماية حُسن نيَّة الغير. ومن ذلك أيضاً أنه إذا فقد الفرد جنسيته الوطنيَّة فيصبح أجنبياً، ومن ثم فإذا تعامل معه شخص آخر، بعد حدوث هذا الفقد، على أنه أجنبي، ثم سعى إلى استرداد جنسيته التي فقدها، أو عاد إليها مرة أخرى نتيجة ردها إليه، فإن

(١) انظر المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، عدد يناير - مارس ١٩٩٢ م، ص١٩٨ ١٩٩.

إعمال نظرية احترام الحقوق المُكتسبة للغير يفرض احترام حقوق هذا الشخص الذي تعامل مع فاقد الجنسية الوطنيَّة على أنه أجنبي، إذا اثبت حُسن نيته، أي عدم علمه بالتغيير الذي طرأ في المركز القانوني للمتعامل معه بعد عودته لجنسيته الوطنيَّة التي فقدها.

وحقيقة الأمر أن نظرية احترام الحقوق المكتسبة للغير في مجال الجنسية ما هي إلا ترديد لنظرية الظاهر la thèorie de l' apparence، أي حماية الأوضاع الظاهرة الناشئة في مادة الجنسية. ومن المعلوم أن هذه النظرية تستند في أساسها إلى فكرة حُسن النيَّة لدى الغير، الذي يتعامل مع أحد أطراف العلاقة، وهو يجهل التغيير الذي حدث في المركز القانوني لهذا الأخير، لذلك يحميه المشرع الوضعي، ويعتد بالوضع الظاهر مراعاة لحُسن نيته. ولهذا جرى الفقهاء على تخصيص مبحث خاص في كتاباتهم العامة لدراسة فكرة "الجنسية الظاهرة" وحماية الغير "الحُسن النيَّة"[1].

وتبدو هذه الفكرة في الحالة التي يُباشر فيها شخص ما جنسية دولة معينة "مع أنه لا يتمتع بها قانوناً، كما لو كانت هذه الجنسية قد ثبتت له قانوناً، ثم فقدها وكسب غيرها، أو فقدها دون أن يكسب غيرها، ومع ذلك يباشرا كما لو لم تزل عنه، وهو بهذا يخلق مظهراً هو "الجنسية الظاهرة La nationalité apparente يحمل الغير على التعويل عليه بوصفه حقيقة لا مجرد مظهر، أي بوصف الجنسية الظاهرة جنسية

---

(١) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٧٣، بند ١٣٤.

حقيقية ، مما يوفر لدى الغير حُسن النيَّة الواجبة حمايته "[1] .

وبتطبيق ذلك على قانون الجنسية الإماراتية يتضح أن المشرع قد قصد أن يحقق هذه الحماية القانونيَّة "للغير" حُسن النيَّة ، عندما أوجبت المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون الجنسية وجواز السفر[2] تسجيل المواطن بحكم القانون وبالتبعية أو التجنس في سجل خاص يسمى "سجل الجنسية" ، إذ تنص على أن المواطن : أ- بحكم القانون : ١ - يسجل في سجل الجنسية ، استناداً إلى بيان إحصائي خاص بكل أسرة ، كل شخص حافظ ، منذ سنة ١٩٢٥م على إقامته العادية في الدولة ، وأولاد هذا الشخص ، وأولاد أبنائه المقيمين في الدولة منذ ولادتهم . . .

ب- بالتبعية : يشترط لقبول طلب تجنس الأجنبية المتزوجة من مواطن ، أن يُرفق به ما يثبت إعلانها الإرادة ، قبل ثلاث سنوات ، عن رغبتها في التجنس بجنسية زوجها ، ولا يتم تسجيلها في سجل الجنسية إلا بعد إبرازها ما يُثبت تنازلها عن جنسيتها السابقة .

ج- بالتجنس : يُشترط ثبوت تنازل الأجنبي عن جنسيته السابقة لتسجيل المرسوم أو القرار الصادر بقبول تجنسه بجنسية الدولة " .

---

(١) عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٤٧٣ - ٤٧٤ .

(٢) الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٢ لسنة ١٩٧٢م (الجريدة الرسمية - العدد ٨ في فبراير ١٩٧٣م) .

ويترتب على هذا التسجيل أنه لا يجوز للغير أن يحتج بحُسن نيَّته، إذا كان لا يعلم التغيير الذي حدث في جنسية الشخص الذي يتعامل معه، إذ يجب عليه أن يطَّلع على سجل الجنسية. إما قبل التسجيل، فالأصل هو افتراض أن الأشخاص المخاطبين بالقرار الصادر بقبول تجنسهم بجنسية الدولة، وكذلك الغير، لا يعلمون بأحكامه. ومن ثم فمتى ثبت علمهم به، أعتُبر كل منهم سيئ النيَّة، وانتفى المُبرر القانوني لحمايته. ويقع إثبات سوء النيَّة، أي واقعة العلم بصدور المرسوم أو القرار، على من يدعي ذلك.

ونلاحظ أن قانون جنسية الإمارات لم يتضمن نصاً يقرر ضرورة نشر جميع المراسيم والقرارات الخاصة باكتساب الجنسية أو بسحبها أو باستردادها في الجريدة الرسمية للدولة، على نحو ما تسير عليه الغالبية العظمى من قوانين الجنسية المقارنة[1] إذ أن هذا النشر يفيد "الغير"، حتى يعلم بمضمون هذه المراسيم والقرارات، حيث يُعتبر النشر "قرينة" على العلم بها، ومن ثم ينتفي حُسن نيتَّه، أي عدم علمه بمجرد النشر في الجريدة الرسمية. وكان الأجدر بالمشرع الإماراتي أن يقرر نصاً بهذا المعنى، حتى يكفل حماية فعالة للغير حَسن النيَّة، لا سيما وأن القواعد العامة تقرر ذلك.

(١) انظر على سبيل المثال: المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصرية الحالي لعام ١٩٧٥م، والمادة ٢٥ من نظام الجنسية العربية السعودية.

ولم يتضمن قانون جنسية الإمارات مثل هذه النصوص، ولكن هذا لا يمنع من إمكانيَّة الأخذ بها، سواء في مجال الجنسية بحكم القانون أو الجنسية المكتسبة بالتبعية أو بالتجنس، لأن مبدأ عدم جواز تطبيق الأحكام القانونيَّة أو النظامية بأثر رجعي يُعتبر من المبادئ القانونيَّة العامة التي تسري في مجال الجنسية، كما في غيرها.

الفرع الثاني
تطبيق أحكام الجنسية بأثر رجعي وحماية حُسن نيَّة الغير

الأصل أن تطبيق أحكام الجنسية (سواء من حيث اكتسابها أو فقدانها أو العودة إليها)، مثل غيرها من الأحكام القانونيَّة، لا يجوز أن يتم بأثر رجعي effet retrocatif، حتى لا يُضار الغير من تطبيق هذه الأحكام، خاصة إذا كان هذا الغير حَسن النيَّة، بل تُطبق بأثر فوري ومباشر، وتُصبح نافذة في حق الكافة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

وقد حرصت بعض قوانين الجنسية المقارنة على النص صراحة في قانون الجنسية على قاعدة "عدم رجعية أحكام الجنسية". مثال ذلك ما تنص عليه المادة (١٩) من قانون الجنسية المصرية الحالي، على أنه: "لا يكون للدخول في الجنسية المصرية، أو سحبها، أو إسقاطها، أو استردادها أي أثر في الماضي". وهذا النص يتعلق فقط بالجنسية المكتسبة. ولم يرد نص مماثل بخصوص الجنسية الأصلية، رغم أن بعض القوانين الأجنبية حرصت على النص صراحة على استبعاد فكرة الأثر الرجعي لواقعة

ثبوت الجنسية الوطنيَّة الأصلية، وذلك حماية للغير حَسن النيَّة. مثال ذلك ما تنص عليه المادة (٢٦/ ٢) من قانون الجنسية الفرنسية الصادر عام ١٩٧٣م من أنه: "ومع ذلك فإن إثبات الصفة الفرنسية في تاريخ لاحق على الميلاد، لا يضر بصلاحية التصرفات السابقة التي أجراها ذوو الشأن، ولا بالحقوق التي سبق للغير أن اكتسبها، بناء على الجنسية الظاهرة للمولود"[(١)].

ولم يتضمن قانون الجنسية الإماراتية مثل هذه النصوص، لكن هذا لا يمنع من إمكانيَّة الأخذ بها، سواء في مجال الجنسية بحكم القانون أو الجنسية المكتسبة بالتبعية أو بالتجنس، لأن مبدأ عدم جواز تطبيق الأحكام القانونيَّة أو النظامية بأثر رجعي يُعد من المبادئ القانونيَّة العامة التي تسري في مجال الجنسية، كما في غيرها.

لذا يُمكن من خلال استعراض بعض أحكام قانون الجنسية الاتحادي أن نتعرف على حالات قد تقتضي الأخذ بفكرة الأثر الرجعي على خلاف الأصل السابق. مثال ذلك ما تنص عليه المادة الثانيَّة (المستبدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م) من أنه "يُعتبر مواطناً بحكم القانون: ب- المولود في الدولة أو في الخارج لأب مواطن في الدولة بحكم القانون". إذ يترتب على توفر شرطي تطبيقه وهما: تمتع الأب بالجنسية الأصلية وقت ميلاد المولود، وثبوت نسبه من أبيه شرعاً[(٢)]، أن إثبات

(١) راجع M. N. Hobard-Bachellier: "L'apparence ... ", Op. Cit. :

(٢) علوي أمجد، مرجع سابق، ص ٢٠٠-٢٠٣، بند ١٤٤.

النسب قد يتأخر إلى تاريخ لاحق على الميلاد (في الفترة الذي يكون فيها الولد مازال قاصراً أو بعد بلوغه سن الرشد)، ومع ذلك فإن الجنسية الإماراتية التي تثبت له في هذه الحالة تكون جنسية بحكم القانون، تثبت منذ لحظة ميلاده، وترتكز على حق الدم المطلق، وهي تثبت بأثر رجعي، يمتد إلى لحظة ميلاد الطفل. بمعنى أنه يُعتد في هذه الحالة - على خلاف الأصل العام - بالأثر الرجعي لثبوت الجنسية الإماراتية. ويرجع ذلك إلى طبيعة طرق إثبات النسب (وهي الإقرار، والبينة، وفراش الزوجية الصحيح). فالإقرار بالنسب والبينة كلاهما كاشفٌ للنسب وليس مُنْشئاً له[1]، إذ المفترض أن النسب ثابت منذ ميلاد الطفل، وكذلك الجنسية تثبت منذ واقعة الميلاد، وبناءً عليه، وليس لتمام إثبات النسب من أثر سوى الكشف عن وجوده، ومن ثم ترتد الجنسية إلى لحظة الميلاد[2].

وقد جرى شراح قانون الجنسية المصري على التخفيف من حدة تطبيق فكرة الأثر الرجعي لإعمال قانون الجنسية في مثل هذه الحالة، حيث يرون "أن تراخى ثبوت النسب إلى ما بعد الميلاد، ثم ارتداد التمتع بالجنسية إلى لحظة الميلاد، لا يجب أن

---

(١) محمد سلام مدكور: "أحكام الأسرة في الإسلام"، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، ١٩٧٠م، دار النهضة العربية بالقاهرة، ص ٥٨.

(٢) فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ١٧٣، بند ١٦٠؛ محمد كمال فهمي: "أصول القانون الدولي الخاص"، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م، ص ١٦٨، بند ١٢٢؛ أحمد قسمت الجداوي، مرجع سابق، ص ٢٩٥، بند ١٠٠.

يضر بأولئك الذين تعاملوا، بحُسن نيَّة، مع الولد باعتباره أجنبياً، إذا كان قد تمتع بجنسية دولة أجنبية بسبب الميلاد وقبل أن يصير مصرياً، بمقتضى الأثر الرجعي السابق بيانه "[1].

ويُمكن الأخذ بهذا التخفيف في مجال الجنسية الإماراتية، وعلى ذلك فإن استبعاد الأثر الرجعي لنص المادة الثانيَّة فقرة "ب" من قانون الجنسية الإماراتية يستند إلى فكرة حماية "الغير" حَسن النيَّة الذي تعامل مع هذا الشخص وهو يجهل أنه قد ثبتت له الجنسية بعد أن كان أجنبياً[2].

ويُمكن تطبيق فكرة الغير حَسَنَ النيَّة عند إعمال نص الفقرتين (ج) و (د) من المادة الثانيَّة من قانون الجنسية الإماراتي[3] اللتين تقرران أن ثبوت الجنسية بحكم القانون للمولود في الدولة أو في الخارج من أم مواطنة بحكم القانون ولأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له.

كما يُمكن إعمال هذه الفكرة أيضاً في حالة اكتساب اللقيط للجنسية الإماراتية بناءً على حق الإقليم، طبقاً لما تقرره المادة الثانيَّة فقرة (هـ) من قانون الجنسية الإماراتي(بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٧٥م)، والتي تنص على أنه: "يُعتبر

(١) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة: "المبسوط.. "، مرجع سابق، ص٤٣٣، بند ٦٢٥.

(٢) انظر حول شرح أحكامها: علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص ٢٠٥، بند ١٤٧.

(٣) انظر حول شرح أحكامها: علوي أمجد علي، مرجع سابق، ص٢٠٢ ـ ٢٠٥، بند١٤٥.

مواطناً بحكم القانون: المولود في الدولة لأبوين مجهولين، ويُعتبر اللقيط مولوداً فيها، ما لم يثبت العكس" . إذ لما كان الاعتراف بالجنسية لمجهول الأبوين واللقطاء يستند إلى اعتبارات دينيَّة وإنسانيَّة، تهدف إلى رعايتهم وحمايتهم من أن يصبحوا عديمي الجنسية، لذا فإن الجنسية التي يحصلون عليها تكون جنسية قلقة[1]، ومُعرَّضة للزوال، إذا تبين أن الولد شرعي ينتمي لأبوين يحملان جنسية أجنبية معروفة، أو إذا ثبت أنه ولد غير شرعي ثم أقر الأب بثبوت نسبه منه، وكان يحمل جنسية أجنبية معلومة، أو إذا تبين أن واقعة ميلاد اللقيط التي اكتسب على أساسها الجنسية الإماراتية هي واقعة مكذوبة، وأنه قد ولد في خارج دولة الإمارات العربية المتحدة، وتم نقله بعد مولده مباشرة إلى الإقليم الإماراتي، ففي أي من هذه الحالات تزول الجنسية الإماراتية عنه بأثر رجعي، ويُعتبر الفرد كأن لم يكن مواطناً إماراتياً يوماً ما، حتى ولو لم تثبت له جنسية دولة أجنبية[2]. ونرى أن زوال الجنسية الإماراتية عن الولد في هذه الأحوال لا يجوز أن يضر - بحال من الأحوال - بالغير حَسن النيَّة الذي تعامل معه على أساس جنسيته الإماراتية الظاهرة، التي كان يتمتع بها من قبل، ثم اتضح أنه ليس كذلك[3].

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامة: "المبسوط. . . . "، مرجع سابق، ص ٤٥٨، بند ٦٧٢.

(٢) على عكس هذا الرأي: راجع أحمد عبد الكريم سلامة: "المبسوط. . . . "، مرجع سابق، ص ٣٥٩، بند ٦٧٣. الذي يرى بشأن نص المادة ٢/ ٤ من قانون الجنسية المصرية "ضرورة تعليق زوال الجنسية المصرية عن مجهولي الوالدين واللقيط على اكتسابه فعلاً جنسية من عرف من الوالدين، أو ثبت نسبه إلى أحدهما أو كلاهما".

(٣) انظر فؤاد عبد المنعم رياض، مرجع سابق، ص ١٨٣، بند ١٦٩؛ محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص ١٧٠، بند ٦٣٣.

الخاتمة :

تناولنا في هذا البحث معنى حُسن النيَّة في اللغة العربية وفي مجال الجنسية. وخلصنا إلى أن لفكرة حُسن النيَّة معنىً محدداً في هذا المجال، فهي تعني التزام السلوك القويم المشروع الذي يتطلب الصدق والاستقامة والأمانة والنزاهة في التعامل وغياب نيَّة الغش والإضرار بالغير. ولكن بعض الفقهاء يأخذون عليه أنه ليس له حدود واضحة. ولهذا السبب يُصبح قابلاً للتطويع، نظراً لكونه يتمتع بمرونة كبيرة وغير عادية. ورغم هذه الانتقادات، فمن المفيد أن نؤكد أنه، حتى مع هذا الفرض، فإن لحُسن النيَّة دائماً مضموناً موضوعياً، حيث يرجع المشرعون والقضاة إلى معايير قياسية standards، من أجل تحديد المدى الحقيقي له. ولقد أضحى هذا المبدأ أحد المبادئ الهامة في القانون الدولي الخاص، إذ يؤخذ بمعناه القانوني والأخلاقي معاً في مجال الجنسية.

ومن خلال بحث تطبيقات فكرة حُسن النيَّة في مجال الجنسية الإماراتية، اتضح لنا أن قانون الجنسية الإماراتية قد أعطى لفكرة حُسن النيَّة دوراً هاماً، سواء فيما يتعلق بحُسن نيَّة الدولة عند وضع أحكام جنسيتها، أم بسلوك الأفراد عند اكتسابهم جنسيتها، أو فقدهم لها، أو إثباتها، أم فيما يتعلق بحُسن نيَّة الغير الذي يتعامل مع من يحمل جنسية الدولة، عندما يحدث تغيير في المركز القانوني له. فلم يتضمن هذا القانون أحكاماً تُقرر تدخل الدولة في تنظيم جنسية غيرها من الدول اللهم إلا في بعض الفروض النادرة جداً، مثال ذلك، أنه صدر أمر سمو رئيس الدولة رقم

٧/ ١/ ٥/ ١٣٨١ في ١٩/ ١٢/ ١٩٩٦م يقضي بحظر زواج المواطنة الإماراتية من أجنبي، ومن تريد الزواج بأجنبي، عليها أن "تتنازل عن جنسية الدولة، وتأخذ جنسية زوجها غير المواطن"، إذ لم يكتف هذا الأمر بإلزام المواطنة بالتنازل عن الجنسية الإماراتية عند زواجها بأجنبي، بل ألزمها كذلك باكتساب جنسية زوجها غير المواطن. ولم يتبع قواعد تتنافى مع حُسن النيَّة، كأن يفرض الجنسية الإماراتية على جزء من شعب دولة أخرى، واشترط ضرورة تنازل الأجنبي عن جنسيته الأجنبية، قبل اكتساب الجنسية الإماراتية. ولم يتخذ من رابطتي الجنس والدين أساساً لمنح هذه الجنسية كقاعدة عامة، ومع ذلك فقد اعتد في بعض الحالات برابطة الجنس، كأساس لمنح الجنسية الإماراتية، وذلك بالنسبة لمن هم من أصل بحريني أو قطري أو عُماني. كما تضمن أحكاماً تخفف من حِدة ظاهرة تنازع الجنسيات بجانبيها الإيجابي (تعدد الجنسية) والسلبي (انعدام الجنسية). كما اعتد بإرادة الفرد في مجال اكتساب الجنسية، مسايراً بذلك المبادئ المثالية في مادة الجنسية، التي تُنادي بها الهيئات الدولية وتقررها مبادئ القانون الدولي المعاصر.

كما خفف من حدة التمييز في مجال الجنسية، مخالفاً بذلك بعض القوانين المقارنة التي تضمنت تطبيقات لمبدأ التمييز في هذا المجال. واعتد بحرية الفرد وإرادته في مجال فقد الجنسية، فسمح له باكتساب جنسية أجنبية وفقد الجنسية الإماراتية، ولم يُخضعه لشرط الحصول على الإذن، مثلما تفعل بعض التشريعات المقارنة. ووضع شروطاً لسحب الجنسية الإماراتية من المتجنس بها، لكنه لم يجعل السحب

موقوتاً بمدة معينة، ولم يشترط صدور قرار إداري مُسبب يقرر سحب الجنسية، رغم أهمية هذين الأمرين في ضمان وحماية حقوق الأفراد في هذا المجال، وأنها من المقتضيات التي يقررها مبدأ حُسن النيَّة. كما أجاز سحب الجنسية من الأشخاص التابعين للمتجنس (الزوجة والأولاد القصر). ثم سمح لكل من كان يحمل الجنسية الإماراتية بحكم القانون ثم فقدها، أن يعود إليها، إذا توفرت شروط معينة حددها القانون، لا سيما بالنسبة للزوجة والأولاد القصر الذين فقدوا جنسيتهم بالتبعية للزوج أو الأب.

كما تضمن قانون الجنسية الإماراتية أحكاماً تتعلق بحُسن نيَّة الفرد عند اكتسابه للجنسية، تقضي بضرورة ألاَّ يلجأ إلى الغش والتزوير في اكتساب الجنسية، وإلا تعرض لسحب الجنسية منه في أي وقت. وفرض عليه التزام السلوك القويم وعدم التعسف في استعمال حقه في تغيير الجنسية. فلا يجوز أن يكتسب جنسية أجنبية، ويفقد الجنسية الإماراتية بقصد التهرب من التزاماته الوطنيَّة. وهذا لسلوك القويم يجب أن يتبعه الفرد كذلك عند إثباته للجنسية الإماراتية. وأخيراً يجد حُسن النيَّة تطبيقاً هاماً له في مجال حماية الغير حَسن النيَّة، لا سيما عند تطبيق أحكام الجنسية بأثر رجعي في بعض الحالات.

والواقع أن فكرة حُسن النيَّة التي تنص عليها القوانين الوضعية والتي خصصت مؤتمرات دولية لدراستها، تجد أصلها في الشريعة الإسلامية، ولقد رُوي عنه ﷺ

أحاديث كثيرة تناولت النيَّة وأهميتها، إذ هي أساس الأعمال وقوامها، وهي مناط الثواب في الآخرة، ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيَّات، وإنما لكل امرئ ما نوى. . . ». لذا فإن الرجوع إلى هذه الأحاديث وإلى أحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة، يُفيد في تأصيل الأحكام القانونيَّة الوضعية السائدة، ويوضح أن الشريعة الإسلامية كان لها قصب السبق على القوانين والأنظمة الوضعية المعاصرة في معالجة أمور العباد.

مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية:

١ - في اللغة العربية:

- لسان العرب، للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت للطباعة والنشر، ١٩٥٦م- ١٣٧٦هـ، المجلد ١٥.
- معجم اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا اللغوي، المتوفي سنة ١٣٩٥هـ، دراسة وتحقيق عبد المحُسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- المصباح المنير، تأليف العلامة أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المتوفي عام ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية ببيروت، لبنان.

٢ - في القانون بصفة عامة:

- أحمد بن عبد الله بن باز: "النظام السياسي والدستوري للمملكة العربية السعودية"، مطابع دار الشبل للنشر والتوزيع والطباعة، الرياض، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
- أحمد عبد الحميد عشوش: بالاشتراك مع عمر أبو بكر با خشب: "أحكام الجنسية ومركز الأجانب في دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة مقارنة مع

الاهتمام بالنظام السعودي" ، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية .

- أحمد عبد الكريم سلامة : "الأم الخليجية وجنسية الأولاد في قوانين دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية" ، مجلة التعاون، ١٩٩٢م، السنة ٧، العدد ٢٦ ، ص ١٣ - ٤٥ .
- أحمد عبد الكريم سلامة : "المبسوط في شرح نظام الجنسية، بحث تحليلي انتقادي مقارن" ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٣م .
- أحمد عبد الكريم سلامة : "الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي" ، دراسة مقارنة، النشر والمطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤١٨هـ.
- أحمد قسمت الجداوي : "الجنسية ومركز الأجانب" ، ١٩٨٢ - ١٩٨٣م، بدون ناشر .
- أحمد قسمت الجداوي : "حرية الدولة في مجال الجنسية، دراسة تأصيلية" ، ١٩٧٩م، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، لجنة الدراسات العليا والبحوث .
- السيد محمد إبراهيم : "الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالجنسية في دول الخليج" ، وزارة الإعلام والثقافة، إدارة الاستعلامات العربية المتحدة، ١٩٧٨م .
- الهادي السعيد عرفة : "حُسن النيَّة في العقود : دراسة مقارنة لمفهوم حُسن النيَّة في العقود وتطبيقاته في الشريعة الإسلامية والقانون المدني" ، مجلة البحوث

القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الأول، السنة الأولى، أكتوبر ١٩٨٦م ـ صفر ١٤٠٧هـ، ص ١٤٤ .

- بدر الدين عبد المنعم شوقي : "الأنظمة السعودية في المجال الدولي الخاص" ، الطبعة الثانية، مطابع دار الثقافة العربية بالرياض، ١٤١٠هـ ـ ١٩٨٩م .
- بدر الدين عبد المنعم شوقي : "الموجز في القانون الدولي الخاص : دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية" ، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، ١٣٩٣هـ .
- جابر جاد عبد الرحمن : "مجموعة قوانين الجنسية في الدول العربية" ، نشر معهد البحوث والدراسات العربية التابع لجامعة الدول العربية بالقاهرة، ١٩٧٠م .
- شمس الدين الوكيل : "الجنسية ومركز الأجانب" ، الطبعة الثانية عشر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٠ ـ ١٩٦١م .
- عبد الرازق السنهوري : "الوسيط في القانون المدني" ، الجزء الرابع حول عقد البيع والمقايضة، طبعة ١٩٦٠م .
- عبد الرحمن عبد العزيز القاسم : "القانون الدولي الخاص وأحكامه في الشريعة الإسلامية وتطبيقه في النظام السعودي" ، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة بالقاهرة، ١٣٩٧ ـ ١٣٨٩هـ (١٩٧٧ ـ ١٩٧٨م) .
- عبد الرحمن عبد العزيز القاسم : "التجنس الخاص (أو بالاختيار) في ظل نظام

الجنسية العربية السعودية" ، مجلة كلية التجارة، جامعة الرياض، العدد الرابع، ١٩٦٦م، ص ٤٣ .

- عبد الغفور محمد خليل : "الوسيط في شرح أحكام الجنسية : دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية" ، ١٩٨٠م .
- عبد القادر سلامة : "مدى ارتباط المفهوم العام للجنسية الأصلية بمفهومها في النظام السعودي" ، مجلة الدراسات السعودية، ١٤٢٣هـ، تقارير وتعليقات، ص . ص . ٢٤٩-٢٦٣ .
- عبد الكريم زيدان : "مجموعة بحوث فقهية" ، مكتبة القدس، مؤسسة الرسالة، بغداد-العراق، ١٩٨٢م .
- عبد الله المنيفي : "القانون الدولي الخاص" ، معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٣٩٤هـ .
- عز الدين عبد الله : "القانون الدولي الخاص-الجزء الأول-في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)" ، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٦٨م .
- عصام الدين مختار القصبي : "الجنسية ومركز الأجانب" ، بدون جهة نشر، ١٩٨٩م .
- عصام الدين مختار القصبي : "ضمانات الأجنبي في مواجهة قرار الإبعاد-دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي" ، بدون جهة نشر، ١٩٨٥م .

- عكاشة محمد عبد العال: "الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات"، المكتبة القانونية، الإسكندرية، ١٩٩١م.
- علوي أمجد علي: "القانون الدولي الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة- الجزء الأول في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب)"، الطبعة الأولى، مطبوعات كلية شرطة دبي، ١٩٩١م.
- فؤاد عبد المنعم رياض: "الحق في الجنسية وأساسه في القانون الدولي"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٣، ١٩٨٧م، ص. ١-٤١.
- فؤاد عبد المنعم رياض: "الجنسية المصرية- دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٠م.
- ماهر إبراهيم السداوي: "إثبات الجنسية الأصلية القائمة على حق الدم عن طريق الحالة الظاهرة"، مطبوعات سلسلة البحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق جامعة المنصورة، ١٩٨٣م.
- محمد إبراهيم دسوقي: "إثبات الجنسية العربية السعودية"، دورية الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة بالرياض، السنة الثلاثون، العدد ٦٩، رجب ١٤١١هـ- يناير ١٩٩١م، ص. ص. ١١٣-١٦٤.
- محمد السيد عرفة: "القانون الدولي الخاص للمملكة العربية السعودية"، الرياض: دار المؤيد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م.
- محمد السيد عرفة: "المركز القانوني للمهاجر في القانون الدولي الخاص

المصري والمقارن" ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٥م.

- محمد السيد عرفة: "حُسن النيَّة في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن" ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٥م.
- محمد السيد عرفة: "حماية الأمن الوطني للدولة في ضوء أحكام التجنس بجنسيتها - دراسة مقارنة بين النظامين المصري والسعودي" ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المجلد ١٣ ، العدد ٥ ، محرم ١٤١٩هـ، ص. ص. ١٠٧-١٦٩.
- محمد السيد عرفة: "الجنسية في القانونين المصري والمقارن" ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩٢م.
- محمد سلام مدكور: "أحكام الأسرة في الإسلام" ، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٠م.
- محمد كمال فهمي: "أصول القانون الدولي الخاص" ، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٥م.
- محمود نجيب حُسني: "شرح قانون العقوبات - القسم الخاص" ، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٨م.
- نعيم عطية: "المنع من السفر" ، سلسلة كتب حول الحريات العامة، موسوعة حقوق الإنسان، توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٩١م.
- هشام علي صادق: "الجنسية والموطن ومركز الأجانب" ، المجلد الأول - في

الجنسية والموطن"، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧م.

٣- القوانين والوثائق:

- نظام الجنسية العربية السعودية الصادر عام ١٣٧٤هـ.
- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر في ٢٧/ ٧/ ١٤١٢هـ.
- قانون الجنسية المصرية الحالي رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥م.
- قانون الجنسية العُمانية لعام ١٩٨٣م.
- قانون جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧٢م (وتعديلاته).
- قانون الجنسية القطرية لعام ١٩٦١م.
- نظام الجنسية العربية السعودية الملغي لعام ١٣٩٤هـ.
- نظام التابعية الحجازية النجدية لعام ١٣٥٧هـ.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨م.
- اتفاقية نيويورك المتعلقة بتقليل حالات انعدام الجنسية التي أعدتها لجنة القانون الدولي التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، والموقعة في ٣٠ أغسطس ١٩٦١م، والنافذة اعتباراً من ١٦ ديسمبر ١٩٧٥م.
- الاتفاقية الدولية في شأن الحقوق المدنية والسياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦ أغسطس ١٩٦٦م (القرار رقم ٢٢٠٠).

ثانياً: المراجع الفرنسية:

* Ancel et Lequette: "Grands arrêts de la jurisprudence Francaiese de droit international privé". Ed. Sirey, Paris, Pref. H. Batiffol, 1987.
* M. E. Arafa: "La bonne Foi en Droit international privé", Rapport égyptien présenté au Congres de l' Association H. Capitant, journées louisanaises de 18 - 22 mai 1992, Travaux de l' Association H. Capitant, Tome XI III, 1992, Paris, Litec, p. 533 - 546.
* Barbier: "L' apparence en droit civil et en droit fiscal", Paris, 1945.
* S. Bastid: "L'affaire Nottebohm devant la Cour Internationale de Justice", Revue Critique de Droit International Privé, 1956, p. 607-633.
* De Burlet: "De L'importance de droit international countumier de la nationalité", Revue Critique de Droit International Privé, 1987, p. 305 ets.
* Giovanni Maria Ubertazzi: "Règles de non-discrimination et droit international privé", Recueil des Coures l' Académie de droit international de la Haye, 1977, IV, T, 157, pp. 333 - 414.
* M. N. Jobard - Bachellier: "L' apparence en droit international privé: essai sur le rôle de represntations individuelles en droit international privé", L.G.D.J., Paris, 1984.
* Z. Marzouli: "La bonne foi dans les relations entre l' Etat et les particuliers", Rapport Italien présenté au Congrés de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* M. M. Melchoir: "La bonne foi dans les relations internationales", Rapport Belge. présenté au Congrés de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* P. V. Ommeslaghe: "L' exécution de bonne foi, principe géneral de

droit", Rev. Gén. Dr. Belge., 1987, p. 101 ets, spéc. No. 2 a.g.
* B. Oppetit: "Les principes généraux en droit international privé", Archives de Philosophe de droit, T. 32, "Le droit international", éd. Siery, 1987, p. 1687 - 1689.
* M. U. Salerno: "La bonne foi dans les relations internationales", Rapport Argentine présenté au Congrès de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* J. L. Sourioux: "La croyance légitime". La Sémaine Juridique, Paris, nonpaginé, 1982, No. 5, 6, 7.
* I. Strenger: "La bonne foi dans les relations internationales", Rapport Bresilien présenté au Congrés de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* Ch. Vallée: "Quelques observations sur l' estopple en droit international public", Rev. Gén. dr. Int. pub., 1973, p. 949-999.
* Diux Vanrynexx: "La bonne foi dans droit des obligations", Journal des Tribunaux, I. T., 1991, p. 289.
* A. Van Verdross: "La bonne foi common fondment du droit international public", Rev. Hellén. dr. int., juin, 1952, pp. 17-21.
* N. Watte: "La bonne foi dans les relations internationles", Rapport Belge présenté au Congrés de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* P. Weil: "Droit international et contrats d' Etat", Mélangés P. Reuter, Paris, 1980, p. 542.
* Wegler: "Les principes généraux du contrat en tant que loi du contrat", Rev. crit. dr. int. pr., 1982, p. 467.
* J. G. Witenberg: "L'estoppel: un aspect juridique du problème des créances américans:, Clunet, 1993, pp. 529-538.
* E. Zoller: "La bonne foi dans les relations internationales", Rapport franÇais présenté au Congrés de l' Association H. Capitant, Journées Louisianaises de 18 - 22 mai, 1992.
* E. Zoller: "La bonne foi dans les relations international public", thèse, Paris II, 1977.

اللامركزية السياسية الدستورية
في دولة الإمارات العربية المتحدة

إعداد

الدكتور / داوود عبدالرازق الباز *

---

* أستاذ القانون العام المساعد بكلية الشريعة والقانون – فرع دمنهور جامعة الأزهر

ملخص البحث

نتناول من خلال دراستنا لموضوع البحث " اللامركـزية السياسية الـدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة من خلال فصول ثلاثة هي:

الفصل الأول: ارتباط اللامركزية السياسية بالاتحاد الفيدرالي.

الفصل الثاني: اللامركزية السياسية مفهومها وتميزها.

الفـصل الثـالث: أساليـب ومظاهر اللامـركزية السـيـاسـية الدسـتـورية في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وقد ركـزنا في دراستنا على عدة مصـادر استقينا مـنها منهجنا البحـثي من خلال الفـانون الدستـوري من جـانب والنظم السيـاسيـة من جـانب آخر والقـانون الإداري كمصدر لفكرة اللامركزية عموماً من جانب ثالث.

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى : ﴿ إن هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاعبدون ﴾[١]

تمثل الدولة ركيزة جوهرية وأهمية أساسية في حياة الأفراد اليومية ، فهم يعتمدون عليها كثيراً في توفير الخدمات وانشاء المرافق اللازمة لمعيشتهم والكفيلة باشباع حاجتهم العامة وتحقيق النفع العام لهم . ولا يمكن للدولة أن تقوم بهذا الدور دون أن يكون لها ولهيئاتها وأشخاصها العامة ، القدرة على التصرف القانوني في مواجهة مجموع الشعب الذي يشكل ركنا ركينا لقيامها . ومن ثم كان لها الحق في التمتع بسلطات وامتيازات ، قد لا تنال القبول التام لها من كل أفراد الشعب[٢] ، ومع ذلك يبقى لها صلاحية ممارسة السلطة بما تكفله لها من امتيازات ، إذ ليس من الضروري أن يكون الشعب راضياً عن الهيئة الحاكمة والا لما صح نعت الدول الدكتاتورية بوصف الدولة[٣] .

---

(١) سورة الأنبياء آية ٩٢

(٢) في نفس المعنى راجع : G. BURDEAU : traité de science politique; T. II,L'etat, 3éme éd L.G.D.J. paris1980,p.105 et s.

(٣) أستاذنا الدكتور / محمد رفعت عبد الوهاب : النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية١٩٩٣ص٢١ وأستاذنا الدكتور/ محمد مرغني خيري : الوجيز في النظم السياسية ٨٥/ ١٩٨٦ص١٩ .

بيد أن السلطة التي تستخدمها الدولة، تبقى - في النسق الديمقراطي السليم - محددة بهدف أساسي هو تحقيق خير الجماعة وصالحها، وهو ما يبرر سلامة اعتقاد المحكومين بأن الدولة هي التي تقوم على خدمتهم وتحقيق ما يحتاجون إليه من أمن مادي ومعنوي، زيادة على تكريس جهودها للصالح العام، الأمر الذي يكفل لها السيادة والسمو فوق الجميع. ومن ثم لم يكن بدعا من القول أن تعد السلطة السياسية التي تمارس السيادة، حجر الأساس في بناء الدولة وأثرا من أثار قيامها، فبغير السلطة السياسية Le Pouvoir politique لا ينهض بناء الدولة ولا يكون هناك نظام ولا توجد حياة سياسية، فهذه الأخيرة تتمركز حول ذلك المركب من العناصر المادية والمعنوية والذي يطلق عليه مسمى " السلطة " ، أي الهيئة الحاكمة العليا التي تفرض احترام القوانين والأنظمة الضرورية لتحقيق الخير المشترك لأفراد الجماعة(١)، عن طريق ما تملكه من قوى القهر والغلبة داخل الدولة ممثلة في الجبش والشرطة لتنفيذ أوامرها واجبار الأفراد على احترام الأنظمة والقوانين داخل اقليمها(٢). ولما كانت السلطة السياسية تضطلع بالمهام الحيوية للدولة، والتي يبلورها بصفة عامة اختصاصها برسم السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها، اقتضى ذلك في

---

(١) مؤلفنا : النظم السياسية ، الدولة ، والحكومة في ضوء الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٧/١٩٩٨ ص٤٠ .

(٢) من الطبيعي أن السلطة السياسية إنما تفرض أوامرها وتباشر اختصاصها في إطار حدود اقليمها فقط ، دون أن تخرج عنه والا فإنها ستصطدم حتما بسلطة أخرى توقفها وتحد من تجاوزها لحدودها على الصعيدين الخارجي والداخلي معاً ، والسلطة لا يوقفها إلا السلطة . راجع في ذلك د/ محمد كامل عبيد : نظرية الدولة ، كلية شرطة دبي ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤مص٢١٢ وما بعدها .

كثير من الدول -ولا سيما الناشئة وحديثة العهد بالاستقلال[1]- تمركز السلطة السياسية في العاصمة كوحدة واحدة لا تقبل التجزأة.

وقد شغلت فكرة وحده السلطة السياسية وتمركزها في العاصمة (المركزية السياسية) أو توزيعها داخل أقاليم الدولة[2] على الدويلات أو الولايات (اللامركزية السياسية الدستورية)، بال الكثيرين من الفقه الدستوري والدولي العام وقدم الفقهاء في كل من فرعي القانون العام أشكالاً عديدة للدولة ولكل وجهة هو موليها.

ويهتم الفقه الدستوري في عمومه بشكل الدولة من حيث تركيبها الدستوري، أو الوجهة الدستورية لها، ويجمع فقه القانون العام بفرعيه[3] على الاعتداد بوحدة السلطة السياسية وجعلها أساساً للتميز في توزيع مظاهر السلطة والسيادة بين الدولة البسيطة أو الموحدة التي تتسم بوحدة السلطة ووحدة القانون، وبين الدولة الاتحادية أو المركبة والتي تتصف بازدواج السلطات وازدواج القوانين.

---

(١) HAURION(andré), GICQUEL(Jean) et GÉLARD (patric): Droit constitutionnel et institutions politiques, éd. Montchrestien, paris, 7éme éd 1980, p. 115.

(٢) من البديهي أن مساحة الإقليم ذات تأثير مباشر على النظام السياسي للدولة واختيار شكل تركيبها الدستوري، فالدول ذات الأقاليم الواسعة في المساحة تأخذ في الغالب شكل الدولة الاتحادية كما هو الحال بالنسبة لأمريكا وكندا والمكسيك واستراليا والبرازيل والهند، ولا يشذ عن هذه القاعدة سوى دولة الصين، رغم مساحتها الشاسعة وأطرافها المترامية، ومع ذلك فإنها دولة بسيطة أو موحدة. ويعزى البعض عدم الأخذ بالنظام الاتحادي في هذه الدولة لأسباب تاريخية خاصة بها.
انظر في ذلك د. محمد كامل عبيد، السابق ص٢١٥.

(٣) د/ محمد كامل عبيد، السابق، ص٤٧٦.

يبين من ذلك أن الدول تتنوع من حيث تركيبها الدستورى إلى نوعين :

أ- الدولة البسيطة أو الموحدة، وهي التي تتميز بالبساطة في تكوينها الدستوري، حيث تتوحد أنظمتها السياسية والدستورية والتشريعية، أي تتمركز سيادتها وتستقر في يد حكومة مركزية واحدة تتولى مباشرة مظاهر السيادة في الداخل والخارج معاً وتبسط سلطتها على كل اقليم الدولة وهو ما اصطلح على تسميته بالمركزية السياسية[1] .

ب - الدولة المركبة أو الاتحادية : وهي التي تقوم على أساس الاتحاد بين أكثر من دولة تخضع من خلاله لسلطه مشتركة، تباشر مظاهر السيادة في الدولة عن طريق توزيعها بين عدة مؤسسات(تشريعية وتنفيذية وقضائية) تمارس صلاحياتها في كل أجزاء اقليم الدولة(المستوى الاتحادي). ويوجد بجوار تلك السلطات المركزية، سلطات أخرى (تشريعية وتنفيذية وقضائية) تمارس ذات الصلاحيات في مناطق جغرافية محددة يطلق على كل منها اسم " دويلة أو ولاية "، وهو ما اصطلح على تسميته باسم اللامركزية السياسية التي هي سمة من سمات الدولة الاتحادية الفيدرالية. ففي ظل الاتحاد الفيدرالي توزع الوظيفة السياسية في الدولة على سلطات عامة اتحادية وأخرى محلية خاصة بكل ولاية على حدة، هذا التوزيع للوظيفة السياسية هو ما يطلق عليه اللامركزية السياسية الدستورية[2] .

(١) د. صلاح الدي فوزي : المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٥ص٢٠٢ .

(٢) انظر في ذلك: د. محسن خليل: النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، طبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة ١٤٢٠-١٩٩٩ص٩٤، د/ صلاح فوزي، السابق ص٢٠٢ .

ومن ثم تعد اللامركزية السياسية أسلوبا للتنظيم الدستوري لعملية توزيع مظاهر السيادة بين الدويلات أو الولايات أو الإمارات الداخلة في الاتحاد وبين الحكومة المركزية أو الاتحادية، ولا مراء أن هذا التنظيم يؤدي إلى تعدد في الدساتير وتعدد في السلطات التشريعية وغيرها من التنفيذية والقضائية، تبعاً للكيفية التي تتضمنها وثيقة الاتحاد والطريقة التي تبين أطر هذا التنظيم وتجعل اللامركزية السياسية مظهراً من مظاهر الدولة الاتحادية واحدى السمات المميزة لقيامها.

ويرجع سبب اختياري لدراسة هذا الموضوع للثقل السياسي والدولي الذي تحظى به دول الاتحاد الفيدرالي كنموذج يحتذى به للاتحاد الناجح بين الدول، استجابة لقوة الشعور والوجدان وتجسيداً للعوامل المشتركة التي تجمع بين الجماعات أو الدول الراغبة فيه. وإذا أمعنا البصر في عالم اليوم لألفينا اضطراداً في اتجاه الدول إلى الاتحاد على أساس من التفاهم والتعاون لتحقيق أهداف ومصالح مشتركة بينها يتم انشاء الاتحاد من أجل تحقيقها.

ومع أفول نجم القرن العشرين وبزوغ فجر القرن الحادي والعشرين، فإن عالمنا الإسلامي مدعو بإلحاح إلى التكتل والتآزر والتضامن والتماسك والتوحد والتكامل في ظل مستحدثات العصر الفكرية والثقافية والاعلامية وغيرها، كالعولمة والمعلوماتية الإلكترونية، وما شأن الوحدة الأوربية لدولها عنا ببعيد.

إن دول أمتنا الإسلامية توافر لها من عناصر الاتحاد ومقوماته التوحدية ما يفوق أي أمة أخرى، إذ لها في دينها القويم ولسانها المبين ووحدة المصير وتقارب العادات والتقاليد ما يدعم قيام اتحاد فيدرالي، يصور في الواقع قول الله تعالى: ﴿إن هذه أمتكم أمة واحدة﴾[1]. ومع أن الاقتراب من فكرة الوحدة بين الدول العربية أشبه بالسير فوق أشواك الاقليمية والقطرية وعلى حد تعبير الدكتور محمد عبيد " . . . . مثل عبور حقول مليئة بالألغام "[2] إلا أنه ليس هناك بديل عن هذا الاتحاد. فلا زال حلم الوحدة بين دول الأمة الإسلامية رؤيا تداعب مخيلة الكثير من أبنائها وحكامها الذين يدركون تماماً أنه لا سبيل أمامها لمواجهة الأطماع - الصهيونية والأجنبية - فيما حباها الله من بركات السماء والأرض سوى أن يكونوا وحدويين. وسيظل هذا الأمل قائماً إلى أن يجعل الله تأويل هذه الرؤيا حقا، إذ بدون ذلك لن تستعيد أمتنا الإسلامية ماضيها التليد، وتاريخها المجيد، ومستقبلها السعيد. ولنا في تاريخ الأمم التي سبقتنا في هذا الإطار الوحدوي عبرة وخير شاهد ولعل قوة ألمانيا الاتحادية وسويسرا وكندا وايطاليا والمكسيك وأخيراً الولايات المتحدة الأمريكية، القوة العظمى الوحيد في العالم، والتي لم تكن لتصل إلى ما هي عليه اليوم (شرطي العالم) لو بقيت مجرد ولايات مفككة متناحرة فيما بينها[3].

(١) سورة الانبياء (آية٩٢).

(٢) د. محمد كامل عبيد، نظم الحكم ودستور الإمارات، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ-١٩٩٧م - كلية شرطة دبي ص١١.

(٣) د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي في الإمارات العربية، دراسة قارنة ١٩٧٨ص١١.

أضغاث أحلام تدلف إلى الذهن بينما أسطر هذه السطور - في الرق المنشور - أن تذوب شخصية الدول الإسلامية في شخصية دولة الاتحاد الفيدرالي التي يطلق عليها "الولايات المتحدة الإسلامية" [1] ذات الكتاب الواحد والقبلة الواحدة، ونسأل العليم بتأويل الأحلام أن يجعل رؤياي حقًا وأملي واقعًا وما ذلك على الله بعزيز.

وإذا كان تاريخ الماضي وواقع الحاضر واستشراق المستقبل يؤكد وحدة الشعور الإسلامي وقت المحن والأزمات - ولو كان وجدانيا فقط - فلا شك أنه شعور راسخ في ضمير ووجدان أبناء الأمة الإسلامية أينما وحيثما كانوا، والتاريخ ملئ بالأحداث المشرقة في هذا الشأن وإن كانت صورة ذلك الشعور قدأتى عليها غشاوة كبيرة في العقد الأخير من القرن العشرين.

وفي ظل الولايات المتحدة الإسلامية - الأمل المرتقب - قد يعمل أعداء الإسلام على دس الدسائس المتمحورة حول الإقليمية والقطرية والانفصالية على أساس من المطالبة بمزيد من الاختصاصات الدستورية للولايات واتساع مظاهر الاستقلال الذاتي، وتلك - إي وربي - أخطر ما يهدد الاتحاد الفيدرالي.

---

(١) انظر مؤلفنا، النظم السياسية، الدولة والحكومة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧/١٩٩٨ص١٤٩.

فكيف يمكن مقاومة تلك الأفكار التي تقوض دعائم الاتحاد وتحيطه بسياج متين ضد محاولات الاستعمال الذي لبث في ديار المسلمين أحقاباً ونهب خيرها برداً وشراباً ؟

هذا ما يجيب عنه التنظيم الدستوري للاختصاصات بين دولة الاتحاد والدويلات أو الإمارات أو الولايات الداخلة في الاتحاد وهو ما يسميه الفقه الدستوري باللامركزية السياسية .

ولا مجال للإسترابة في أن دولة الإمارات العربية المتحدة هي النموذج القائم الآن على قيد الحياة في العالم العربي والإسلامي بعد ما دبت عوامل الانفصال في أندونيسيا .

ومن ثم فإن دراسة مظاهر اللامركزية السياسية في دولة الإمارات العربية فيها من الدروس والعبر مايستحق أن ينسج على منواله في توحيد دول العالم الإسلامي مع مراعاة عامل الزمن ، وفيها من المحاسن ما يكفل قوة الاتحاد وازدهاره .

ومن ثم تبدو أهمية دراسة اللامركزية السياسية الدستورية كأسلوب للتنظيم الدستوري لتوزيع الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والدول الداخلة فيه ومظاهر هذه اللامركزية ، وهو ما سنبينه - إن شاء الله تعالى - فيما يلي :

الفصل الأول : ارتباط اللامركزية السياسية بالاتحاد الفدرالي

الفصل الثاني : اللامركزية السياسية مفهومها وتمييزها .

الفصل الثالث : أساليب ومظاهر اللامركزية السياسية الدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة .

الفصل الأول
ارتباط اللامركزية السياسية بالاتحاد الفيدرالي

تمهيد وتحديد :

استقر الفقه الدولي والدستوري على تقسيم الدول إلى تقسيمات عديدة، تبعاً لمعايير متعددة ومختلفة . ومسايرة منا للفقه التقليدي نشير إلى ما استقر عليه الفقه السياسي والدستوري من تقسيم الدول من حيث وحدة أو تعدد السلطة السياسية فيها إلى دول بسيطة أو موحدة Etats simples ou unitaires وأخرى مركبة Composés .

وفي الدولة البسيطة لا تتجزأ السلطة السياسية، وإنما تتركز بين يدي حكومة واحدة تمارس تلك السلطة ودستور واحد وهيئات تشريعية وتنفيذية وقضائية واحدة .

أما الدول المركبة Etats Composés فتتنوع تبعا لاختلاف درجة الوحدة بين أجزائها ولذلك تنقسم تبعا لمدى تدرج هذه الوحدة من الضعف إلى القوة إلى أنواع مختلفة أسبغ عليها الفقه الدولي والدستور أسماء عديدة، ولعل أشهر التصنيفات وأكثرها ذيوعاً في الفقهين تقسيم الدول المركبة إلى أنواع أربعة هي : دول الاتحاد

الشخصي، ودول الاتحاد الفعلي والدول المتعاهدة في شكل اتحاد كونفدرالي وأخيراً الدول الفيدرالية.[1]

والأنواع الثلاث الأولى إنما تشغل بال وعناية فقة القانون الدولي العام، وبالتالي فإنها تخرج عن نطاق النظم السياسية والقانون الدستوري لتدخل في اطار القانون الدولي العام[2] نظراً لقيام تلك الاتحادات على أساس معاهدات دولية تبرم بين عدد من الدول[3]، ومعلوم أن المعاهدات الدولية أحد الموضوعات الهامة في ميدان القانون الدولي العام.

---

(١) انظر في ذلك د. أحمد كمال أبو المجد، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، ملحق خاص في مؤلف مشترك بعنوان: دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مسحية شاملة، صادر عن: المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٨ص٣٦.

(٢) أستاذنا الدكتور، ماجد راغب الحلو، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، نشر وتوزيع، مكتبة العين الوطنية، بدون تاريخ، ص١٠٠ وأنظر كذلك، د/ محمد بكر حسين، الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق ١٩٧٧ص٣٣٣، د/ محمد كامل عبيد، نظرية الدولة الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤، كلية شرطة دبي ص٤٨٣.

(٣) آثرنا ألا ندخل في استعراض تفاصيل تلك الإتحادات الأخرى غير الاتحاد الفيدرالي حتى لا يكون في ذلك تكرار لا يأتي بجديد، أو سرد تقليدي لانرى مجاله في هذه الدراسة، اعتماداً منا على تناول كثير من الفقهاء في دراستهم لتلك الأنواع من الاتحادات، وما كنا عن دراساتهم بغافلين. ويراجع في ذلك على سبيل المثال: د. رمضان محمد بطيخ، تطور الفكر السياسي والدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤسسة العين للإعلان والتوزيع والنشر بدون تاريخ ص٩٩، د/ مصطفى أبو زيد فهمي، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ١٩٩٧ص٤٢ وما بعدها، د/ محمد كامل عبيد، المرجع السابق ص٤٨٥ وما بعدها ومؤلفنا، النظم السياسية، الدولة والحكومة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧/ ١٩٩٨ص١٢٦ وما بعدها وأنظر في فقه القانون الدولي العام د/ محمد السعيد الدقاق، القانون الدولي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨١ص٣٨١، د/ حامد سلطان، =

ومن ثم فإن الاتحاد الفيدرالي هو الشكل الوحيد الذي يدخل في نطاق الدراسات الدستورية، إذ الأمر يتعلق بدولة واحدة - وليس بعدة دول - تقوم على تعدد في الدستور وفي السلطات. ويعمل هذا الاتحاد على إقامة معادلة توازن للدولة الاتحادية تحمي المصالح المشتركة لشعب الاتحاد وما يلزم لذلك من تمتع الدولة الاتحادية بالاختصاصات الدستورية اللازمة لذلك من جهة والمحافظة على الكيان الذاتي للإمارات أو الولايات الداخلة في الاتحاد من جهة أخرى.

وكثيراً ما تظهر في أفق ذلك الاتحاد نزعة شعوب الولايات أو الإمارات الداخلة فيه وكذلك حكامها إلى الاحتفاظ باكبر قدر من مظاهر السيادة لرعاية المصالح المحلية للإمارة أو الولاية[1].

ومن ثم فإن الاتحاد الفيدرالي في هذه الحالة يهدف إلى التوفيق بين عاملين متناقضين هما : عامل الوحدة وعامل الاستقلال.

= القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الخامسة ١٩٧٢ص١٣٢، د/ مفيد شهاب، القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤ص٢١٦ وما بعدها، د/ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية عشرة، منشأة المعارف، الاسكندرية ص١٢٥، د/ محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٧ص١٨٧، د/ علي ابراهيم، القانون الدولي العام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥ص١١١٩.

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد، المرجع السابق، ص٣٥.

وكثيراً ما يتوقف نجاح الاتحاد الفيدرالي واستمراره على التوفيق بين العاملين، أي بين الحاجات والمصالح العامة لمجموع الجماعة المتحدة وبين الطموحات والرغبات المحلية للولايات التي تكفل لها الاستقلال الذاتي ضمن نطاق معين يحدده الدستور الاتحادي[1]، أي المصالح الذاتية للولايات المكونة للجماعة المتحدة.

ولهذا فإن المشكلة الدستورية الرئيسية التي تظهر في الدول المتحدة اتحاداً فيدرالياً هي مشكلة تحديد قدر الاستقلال الذاتي للولايات أو الدويلات أو الإمارات الداخلة فيه.

والمظهر القانوني الذي تبدو فيه تلك المشكلة هو تحديد وتوزيع الأختصاصات بين مؤسسات الحكم الخاصة بالدولة الاتحادية وبين مؤسسات الحكم وهيئاته في الولايات وهو ما تبلوره اللامركزية السياسية.

لذلك سندرس أولاً: ماهية الاتحاد المركزي وعناصره المختلفة ثم ننطلق منه إلى اللامركزية السياسية باعتبارها محور ذلك الاتحاد.

---

(١) راجع في ذلك، د. عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الأول - صفر ١٤٠٠هـ - يناير ١٩٨٠ ص٩٣و٩٤.

المبحث الأول
الاتحاد الفيدرالي وإطاره الدستوري

لعل المقابلة بين وحدة الدولة البسيطة وتعدد الدول الاتحادية هو الذي دعى بعض الفقهاء إلى اطلاق مسمى الاتحاد الدستوري على الاتحاد الفيدرالي[(1)]، إذ لا يظهر على مسرح الحياة الدولية كشخص قانوني جديد سوى دولة الاتحاد والتي يتولى دستورها تنظيم العلاقة بين الحكومة الاتحادية المركزية وحكومات الولايات أو الدويلات أو الإمارات ومن ثم قيل بأنه اتحاد خاضع للقانون الدستوري[(2)].

وتوضيحا لذلك سنعرض فيما يلي لماهية الاتحاد المركزي والاهتمام الدستوري به على النحو التالي :

---

(1) راجع في ذلك د/ محمد بكر حسين ، السابق ص٣٣٢حيث ذكر سيادته في هامش ١ من ذات الصفحة أن الدكتور الشافعي بشير في أطروحته للدكتوراه عن نظرية الاتحاد بين الدول وتطبيقاتها بين الدول العربية أطلق اصطلاح " الاتحاد الدستوري" على الاتحاد الذي يؤدي إلى الدولة الاتحادية . وأنظر أيضاً، أستاذنا الدكتور/ ماجد الحلو ، أنظمة الحكم، المرجع السابق ص١٠٢ ، د/ أحمد كمال أبو المجد ، المرجع السابق ص٣٧.

(2) د/ محمد بكر حسين ، السابق ص٣٣٢، أما الدويلات أو الولايات أو الإمارات الأعضاء في الاتحاد فلا تتمتع بالشخصية الدولية ، أنظر في ذلك د/ عمرو أحمد حسبو ، النظام الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء النظم الاتحادية المقارنة ، ١٩٩٥ص٨٤.

المطلب الأول
ماهية الاتحاد الفيدرالي

تعددت المفاهيم والتعريفات التي قال بها الفقه الدولي والدستوري لتحديد ماهية الاتحاد الفيدرالي، وهي في مجموعها تترادف حول تعريف ذلك الاتحاد بأنه : اتحاد يتمثل في انضمام عدة دول أو دويلات تندمج في بعضها في شكل دولة واحدة جديدة تسمى بدولة الاتحاد التي تستأثر وحدها بممارسة كامل السيادة الخارجية وجزء من السيادة الداخلية على دويلات الاتحاد أو ولاياته تتعلق بالشئون المشتركة بينها والتي يحددها دستور الاتحاد[1].

وبمعنى أخر فإن الدول أو الدويلات التي دخلت في الاتحاد معاً، قد قبلت التخلي عن جزء من سيادتها للدولة الاتحادية العليا التي تمثل الدولة الواحدة في المجال الخارجي[2]، وتتمتع بكامل السيادة على الصعيد الدولي كشخص قانوني

(١) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت بدون تاريخ ص١٠٦، د/ محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق، وأستاذنا الدكتور / ماجد الحلو، السابق ص١٠٢، د/ رمضان بطيخ، تطور الفكر السياسي والدستوري، السابق ص١٠٠، د/ عمرو أحمد حسبو، النظام الاتحادي، السابق ص٨٤، د/ السيد صبري، مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الرابعة ١٩٤٩، المطبعة العالمية، مصر ص٧، د/ بكر حسين، المرجع السابق، ص٣٣٢، د/ هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي عشر، محرم ١٤١٩هـ أبريل ١٩٩٨م ص٨٧، ومؤلفنا النظم السياسية، السابق ص١٣٣.

(٢) فهي التي تبعث الممثلين الدبلوماسيين وتعتمدهم عندها وهى تعقد الاتفاقيات التجارية والاقتصادية وغيرها مع الدول الأجنبية، راجع في ذلك د/ علي ابراهيم، القانون الدولي=

جديد يعبر عن جميع الدول الأعضاء في الاتحاد، التي تكون بقيامه قد فقدت شخصيتها الدولية[1].

ومن ثم فإن الاتحاد الفيدرالي بعد قيامه، لا يعتبر اتحاداً بين دول مستقلة، وإنما هو دولة واحدة مركبة تضم عدة دول أو دويلات أو ولايات أو أقاليم أو مقاطعات تشكل جميعها وحدات فيدرالية داخل الدولة الاتحادية، بشرط الاحتفاظ بجزء من سيادتها الداخلية، وهي تشبه المحافظات في الدولة البسيطة[2].

وهكذا يمكن تصوير الاتحاد الفيدرالي بقصر مشيد متماسك البنيان يحتوي على طابقين كل منهما يشد بعضه بعضا : الطابق الأسفل وتمثله الوحدات الفيدرالية التي تخلت بارادتها عن جزء من سيادتها الداخلية إلى الهيئة المركزية التي ينشؤها الدستور الاتحادي أما الطابق الأعلى، فتقف فيه الدولة الاتحادية العليا وحدها[3].

وينظم الدستور الاتحادي العلاقة بين الحكومة الاتحادية المركزية وحكومات الولايات[4] الاقليمية ولهذا كان من الطبيعي أن يولي الفقه الدستوري وجهه شطر

= العام، السابق ص١١٢١.

(١) د/ بكر حسين، السابق ص٣٣٢، د/ رمضان بطيخ، السابق ص١٠٠.

(٢) د/ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري١٩٨٨ص٤٣، د/ محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق ص٥١٦.

(٣) د/ محسن خليل، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، طبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م-ص٨٥.

(٤) BROMS (B) : Les etats en droit international, op. cit, p.53.
وراجع كذلك د/ محمد بكر حسين، السابق س٣٣٢.

ذلك الاتحاد لئلا يكون للفقه الدولي عليه حجة إن ترك دراسته تخضع للقانون الدولي كسائر الاتحادات الأخرى. وسوف نعرض لدراسة الفقه الدستوري لهذا الاتحاد ومدى سلامة نعته بالمركزي في الفرعين التاليين:

اهتمام الفقه الدستوري بالاتحاد الفيدرالي:

يشغل الاتحاد الفيدرالي درجة كبيرة من اهتمام شراح القانون الدستوري بالنسبة لسائر الأنواع الأخرى من الاتحادات. ومرد ذلك الاهتمام أن العلاقة بين الدولة الاتحادية والدويلات أو الولايات الأعضاء في الاتحاد هي علاقات يحددها الدستور الاتحادي[1]، ومن ثم تخضع للقانون الدستوري، الأمر الذي يثير بداهة اهتمام المتخصصين فيه، على أساس ما يحدثه الاتحاد الفيدرالي من تغييرات جذرية وشاملة في الشخصية الدولية للدول الأعضاء فيه، وفي تنظيماتها الداخلية بنواحيها المختلفة، الدستورية والتشريعية والقضائية والإدارية[2].

يبين من ذلك أن الدستور الاتحادي ذو أهمية بالغة في كيان الدولة الفيدرالية باعتباره الأساس القانوني الذي يقوم عليه التعاهد بين الدول الأعضاء فيه[3]، بعكس الاتحادات الأخرى التي يكون الأساس القانوني لإنشائها متمثلاً في المعاهدة الدولية

(١) د/ محمد بكر حسين ، السابق ص٣٣٢.

(٢) د/ محمد كامل عبيد ، نظرية الدولة ، السابق ص٥١٥ .

(٣) د/ مصطفى أبو زيد فهمي ، النظرية العامة للدولة ، السابق ص٤٨ .

والتي يحكمها القانون الدولي العام[1].

وبناء على ما تقدم، فإن أقوم قيلاً في جوهر الاتحاد الفيدرالي، إنه اتحاد ينظمه القانون الدستوري بخلاف الاتحادات الأخرى التي يحكمها القانون الدولي العام، ولهذا كان مثار اهتمام الفقه الدستوري به.

الفرع الثاني
المسمى الدقيق للاتحاد الفيدرالى (المركزي أم اللامركزي)

إزاء اهتمام الفقه الدستوري بالاتحاد الفيدرالي تطرق بعض الفقهاء إلى إثارة سبر غور المصطلح الشائع في الاستخدام للتعبير عن الاتحاد الفيدرالي. وفي هذا الشأن يقرر أستاذنا الدكتور ماجد الحلو[2] أن الفقه العربي في أغلبه يطلق اصطلاح " الاتحاد المركزي " على الاتحاد الفيدرالي.

بيد أن هذا الاصطلاح لا يراه أستاذنا الدكتور ماجد الحلو، موفقا في الدلالة على جوهر الاتحاد الفيدرالي ومعناه، وإنما يثير من جانب آخر لبساً وغموضاً في المعنى، أي أنه في رأينا أيضا اصطلاح جانبه الصواب للأسباب التالية :

(١) د/ عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظم السياسية ، السابق ص١٠٦ .

(٢) أستاذنا الدكتور / ماجد الحلو ، أنظمة الحكم ، السابق ص١٠٢ .

أ- إن الاتحاد الفيدرالي يقوم على أساس اللامركزية السياسية - كما سنراها فيما بعد - والتي تعمل على توزيع الوظائف الحكومية المختلفة (تشريعية وتنفيذية وقضائية) بين الحكومة الموجودة في العاصمة وحكومات الولايات أو الإمارات أو ما إلى ذلك من المسميات[1] .

ب- ينبني على قيام دولة الاتحاد الفيدرالي على أساس اللامركزية السياسية أن يكون الأقرب إلى المنطق والأدعى إلى الدقة أن تسمى هذه الدولة " دولة الاتحاد اللامركزي " اعتماداً على عدم انفراد الحكومة المركزية بكافة الوظائف الحكومية، ومنح الولايات أو الدويلات استقلالاً ذاتيا لإدارة شئونها المحلية .

ج- هناك خلط دفع الفقه العربي إلى استخدام اصطلاح الاتحاد المركزي وجعله شائعا على ما فيه من الخلط، ووجه ذلك أن التمييز بين الاتحاد الفيدرالي والاتحاد التعاهدي أو الاستقلالي عمىّ فيه الفارق الرئيسي بين كلا الاتحادين، فالاتحاد التعاهدي انما يكون في الواقع وحقيقة الأمر بين مجموعة من الدول، أما الاتحاد الفيدرالي فإنه يتعلق بدولة واحدة وليس بعدة دول، ومن ثم يختلف أساس الجمع بينهما في صورة الاتحاد[2] .

(١) د/ خالد سماره الزعبي ، تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها ، دراسة مقارنة منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بدون تاريخ ص٣٣.

(٢) أستاذنا الدكتور / ماجدالحلو ، السابق ص١٠٢ .

د- يترتب على السبب السابق نتيجة أساسية في رفع الخلط بين الاتحاد الفيدرالي وغيره، وهي أنه ما دام أن الاتحاد التعاهدي يبقى على شخصية أعضائه، وتحتفظ كل دولة فيه باستقلالها الداخلي والخارجي[1]، فإن الوظائف الحكومية تكون مركزة في يد حكومة كل دولة بحيث يمكن أن نطلق عليها - من ناحية توزيع أو عدم توزيع الوظائف الحكومية - مسمى " الدولة المركزية " بخلاف دولة الاتحاد الفيدرالي التي تكون دولة " لامركزية " نظراً لقيامها على أساس اللامركزية السياسية.

ومن ثم فإننا نؤيد اطلاق مصطلح الاتحاد اللامركزي على الاتحاد الفيدرالي لما بيناه ونشاطر أستاذنا الدكتور ماجد الرأي في عدم دقة اصطلاح الاتحاد المركزي وصواب اصطلاح " الاتحاد اللامركزي ".

---

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، السابق ص٣٦ ويضيف سيادته أن الحق في الانفصال من أخص خصائص الاتحاد التعاهدي، ولضعف الرابطة التي ينشئها هذا الاتحاد أطلق عليه كذلك مسمى الاتحاد الاستقلالي، المرجع السابق ص٣٧.

المبحث الثاني
نشأة الاتحاد الفيدرالي ودوافعه

المطلب الأول
نشأة الاتحاد الفدرالى

لم يولد الاتحاد الفيدرالي ويظهر للوجود فجأة، أو بين عشية وضحاها، وإنما كان مخاضه نتيجة لتجارب طويلة لدول عديدة قام الفقه الدستوري بدراستها وسبر غور تطورها. واستقراء تلك التجارب ينبؤنا أن هذا النوع من الاتحادات يتبع في نشأته إحدى طريقتين أساسيتين هما :

الطريقة الأولى : الإنضمام : وبمقتضاها يتكون الاتحاد الفيدرالي نتيجة لانضمام عدة دول مستقلة إلى بعضها البعض وتكوين دولة واحدة تأخذ شكل الدولة الاتحادية . Fédéralisme par association ou par agrégation

وهذه هي الطريقة السائدة أو القاعدة العامة في نشوء الاتحادات الدستورية[1] ، كما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وألمانيا واستراليا وكندا والهند.

الطريقة الثانية : الانفصال : وتحدث عند تفكك دولة موحدة إلى عدة

(١) د/ خالد قباني : اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان ، منشورات عويدات ، بيروت – باريس الطبعة الأولى ١٩٨١ص١٣١ ، وأنظر أيضا د/ محمد بكر حسين ، الاتحاد الفيدارالي بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ١٩٧٧ص١٤ ، د/ محسن خليل ، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية ، السابق ص٨٥ .

دويلات صغيرة في اطار الدولة الأم (دولة الاتحاد الفيدرالي) نتيجة الأخذ بنظام اللامركزية السياسية داخل تلك الدولة البسيطة[1].

وهذه الطريقة يطلق عليها اصطلاح Le Féderalisme par dissociation.
وبها نشأ الاتحاد المركزي في روسيا والبرازيل والأرجنتين والمكسيك[2].

وبالنظر في الطريقتين اللتين ذكرناهما نجد أن الطريقة الثانية ذات طابع سلبي (تفكك)، بينما نلحظ أن الطريقة الأولى ذات طابع ايجابي يتمثل في التضامن. ولهذا فإنها هي الطريقة السائدة والتي تمثل في الواقع العملي قاعدة عامة لنشأة الاتحاد الفيدرالي نظرا لا تساقها مع رغبة الدول المتحدة في التفاهم والتعاون فيما بينها[3].

---

(١) أستاذنا الدكتور/ ماجد الحلو، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، السابق ص١٠٣، د/ محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق ص٥٣٣، د/ عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، السابق ص١٠٧.

(٢) كما ينهار الاتحاد الفيدرالي وينتهي بأسلوبين أيضا هما :
١- انهيار الدولة الاتحادية بالطرق التي يقررها القانون الدولي العام لانتهاء الدول، وتحولها إلى دول مستقلة نتيجة لحرب أهلية أو حركة ثورية.
٢- تغيير شكل الدولة الاتحادية إلى دولة موحدة أو بسيطة، فتصبح الولايات مجرد أقسام أو محافظات أو وحدات ادارية لا تتمتع بأي استقلال ذاتي. راجع في ذلك د/ عبد الغني بسيوني، السابق ص١٠٩، د/ عبد الرحيم عبد اللطيف الشاهين، نظام الحكم والإدارة في الإمارات العربية المتحدة، مطبعة جلفار - رأس الخيمة، الطبعة الأولى ١٩٩٧ص٩٣.

(٣) د/ سليمان الطماوي، النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٨٨ص٤٤، وأستاذنا د./ محمد مرغني خيري، الوجيز في النظم السياسية، السابق ص٨٢، د/ عبدالمجيد عبد الحفيظ سليمان الوجيز في النظم السياسية، دار الثقافة العربية١٩٩٢/ ١٩٩٣ ص٧٢، د/ عمرو فؤاد بركات، النظم السياسية ١٩٩١/ ١٩٩٢ ص٢٣.

المطلب الثاني
دوافـــع النشـأة

إن الدوافع التي تؤدي إلى تكوين الاتحاد الفيدرالي متباينة ومتعددة، فلا يكفي لقيام ذلك النوع من الاتحاد مجرد توافر الهيئة التأسيسية التي تقوم بوضع النصوص الدستورية المنشئة للهيئات الاتحادية وإنما لابد من توافر حد أدنى من العوامل المشتركة بين الدول الراغبة في تكوين الاتحاد الفيدرالي. ويمكننا إرجاع تلك العوامل إلى نوعين رئيسيين هما :

أ- عوامل داخلية :

وتتمثل في الانتماء إلى جنس واحد، والتحدث بلغة واحدة والاعتناق لدين واحد وتماثل العادات والتقاليد والأعراف والاشتراك في مصالح تاريخية واحدة تضرب بجذورها في أعماق الزمن[1].

ب- عوامل خارجية:

وتتمثل في وحدة الأخطار الخارجية التي تتعرض لها هذه الدول أو الدفاع عن كيانها ضد عدو مشترك، أو خلق الظروف المواتية للتبادل التجاري والازدهار الاقتصادي، والتغلب على خطر الانقسامات العرقية أو الدينية التي تموج بها

(١) د/ عمرو احمد حسبو ، السابق ص٨٤ ، د/ محمد كامل عبيد ، السابق ص٥٣٤ .

وتضطرب الدولة الموحدة[1] .

وأيا ما كانت الدوافع ومهما اختلفت الأسباب وتنوعت الغايات والأهداف من وراء نشأة الاتحاد الفيدرالي فإن هناك حقيقة ثابتة لا تغيب، وهي أن النظام الاتحادي الناجح هو الذي يستجيب إلى قوة الشعور والوجدان ويلبي نداء التضامن كقاسم مشترك بين دوله التي تعمل على حمايته والدفاع عنه من أجل صالحها المشترك[2] . غير أن الدوافع السابقة وإن ولدت شعوراً قويا لدى الدول المستقلة في الاتحاد فيما بينها، فإنها لا تقضي على احساس كل منها بكيانها الذاتي وقوميتها المحلية، وهنا يأتي دور الصبغة الفيدرالية للتوفيق بين نزعتين متعارضتين : حماية المصالح العامة لمجموع الدول المتحدة من جهة (فكرة الشعور الاتحادي) والإقرار بالمصالح الذاتية المحلية للدويلات أو الولايات المكونة لهذا الاتحاد من جهة أخرى (فكرة الذاتية الخاصة) أو النزعة الاستقلالية الناشئة عن الرغبة في الاحتفاظ بأكبر قدر من الاستقلال والصلاحيات المحلية التي لا تنتقص إلا بالقدر الضروري لإقامة الاتحاد[3] .

(١) BEARD, c. an economic interpretation of the constitution of the U.S.A. 3rd edition newyotk, the free press 1965, p.15.
ذكره د/ محمد محمد بدران ، الحكم المحلي في المملكة المتحدة ، دراسة تحليلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩١ص٣١ وانظر في نفس المعنى د/ عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي في الإمارات العربية ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق - جامعة عين شمس١٩٧٨ص١٠ ، د/ خالد قباني ، اللامركزية ، السابق ص١٣٢ ، د/ محمد بكر حسين ، السابق ص١٥٨ .

(٢) د/ عادل الطبطبائي ، السابق ص١٠ .

(٣) CHANTEBOUT, (B) : Droit constitutionnel et science politique éd. Armand Colin, paris, 1982, p.68 ets.

ولا شك أن وجود صلاحيات تنفرد بمباشرتها الولايات يعني ضرورة توزيع الاختصاصات في الدولة الاتحادية بين الحكومة المركزية (السلطات الاتحادية) والهيئات المحلية(السلطات المحلية) وبذلك يحقق الاتحاد الفيدرالي فكرة اللامركزية السياسية، وهي ما تنتقل إليه بعد دراسة الشكل الاتحادي لدولة الإمارات.

المطلب الثالث
الشكل الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة

يبين من استقراء الملابسات التاريخية التي أحاطت بنشأة دولة الإمارات العربية المتحدة، ومن خلال القراءة المتأنية لنصوص دستورها المؤقت[1] الصادر في عام١٩٧١ أن ذلك الدستور قد أقام بين الإمارات السبع اتحادًا فيدراليًا أو دستوريًا[2] في شكل دولة جديدة مركبة هي دولة الإمارات العربية المتحدة وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الدستور بقولها : " الإمارات العربية المتحدة دولة اتحادية مستقلة ذات سيادة، ويشار إليها فيما بعد في هذا الدستور بالاتحاد، ويتألف الاتحاد من الإمارات التالية : أبوظبي - دبي - الشارقة - عجمان - أم القيوين - الفجيرة. . . " وقد ظل الاتحاد

---

(١) في التعديل الدستوري رقم (١) لسنة ١٩٩٦ للدستور المؤقت لدولة الإمارات نصت المادة الأولى من ذلك التعديل على أن : (تلغى كلمة المؤقت من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة أينما وجدت)وقد صدر ذلك التعديل عن قصر الرئاسة في أبوظبي بتاريخ٢٢رجب١٤١٧هـ، الموافق٢ديسمبر١٩٩٦.

(٢) د/ محسن خليل، السابق ص٩٥، د/ أحمد كمال أبو المجد، السابق ص٣٨، د/ عمرو حسبو، السابق ص٨٦.

بين إمارات الخليج العربي أملاً يستأثر بلواعج الصدور، رغبة في مستقبل أكثر إشراقا وبهاء، استجابة لقول الله تعالى : ﴿ واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا﴾[1] .

وبرزت في ديباجة ذلك الدستور دوافع الاتحاد الفيدرالي وعوامل نشأته متمثلة في الرغبة في تحقيق الخير العام لسكان المنطقة وتجميعا لعناصر القبائل والعشائر والأسر الموزعة بين أطرافها وتجميعها في شعب واحد تتوافر له كل دعائم الاتحاد الفيدرالي الناجح من وحدة الدين واللغة والتاريخ والحضارة والاقليم[2] .

وقد ترجمت ذلك ديباجة الدستور التي ورد فيها القول بأن حكام الإمارات قد تلاقت إرادتهم وإرادة شعب إماراتهم على قيام اتحاد بين هذه الإمارات من أجل توفير حياة أفضل واستقرار أمكن، ومكانة دولية أرفع لها ولشعبها جميعا .

وبينت الديباجة أن تحقيق هذه الرغبات من أعز رغبات حكام الإمارات وشعبها ومن أعظم ما تتجه إليه عزائمهم، حرصا على النهوض بالبلاد وشعبها إلى المنزلة التي تؤهلها لتبوء المكان اللائق بها بين الدول المتحضرة وأممها[3] .

كما تضمنت الديباجة أيضا التأكيد على رغبة هؤلاء الحكام في اطلاق يد الاتحاد بما يمكنه من تحقيق أهدافه ويصون الكيان الذاتي لأعضائه بما لا يتعارض وتلك الأهداف .

---

(١) سورة آل عمران ، الآية ١٠٣ .

(٢) أستاذنا الدكتور ماجد الحلو/ السابق ص١٥١ .

(٣) ديباجة دستور دولة الإمارات العربية المتحدة ص٢ .

ومع ميلاد دولة الاتحاد فقدت الإمارات الأعضاء شخصيتها الدولية التي كانت لها قبل قيام الاتحاد، ولكنها لم تفقد مع ذلك كياناتها الذاتية، إذ أصبحت وحدات دستورية داخل الدولة الاتحادية، تمارس على أقاليمها بعض مظاهر الاستقلال والحكم الذاتي وهو ما أكدته المادة الثالثة من الدستور التي نصت على أن : " تمارس الإمارات الأعضاء السيادة على أراضيها ومياهها الأقليمية التي لا يختص بها الاتحاد بمقتضى هذا الدستور " . كما نصت المادة ١١٦ من ذات الدستور على أن : " تتولى الإمارات جميع السلطات التي لم يعهد بها هذا الدستور للإتحاد "

ومن تحليل نصوص ديباجة ومواد الدستور التي أوردناها يتضح لنا أن الدستور قد حرص على إقامة توازن بين أمرين جوهريين في طبيعة ذلك الاتحاد :

أولهما : تخويل دولة الاتحاد وحكوماتها المركزية الصلاحيات والاختصاصات التي تكفل حماية المصالح المشتركة لشعب الاتحاد .

ثانيهما : المحافظة على الكيان الذاتي للإمارات المكونة لدولة الاتحاد، ارضاء للنزعة الطبيعية لدى شعبها وحكامها في الاحتفاظ بأكبر قدر ممكن من مظاهر السيادة ومن الاختصاصات الدستورية، التي تمكنها من رعاية مصالحها المحلية المتميزة في إطار الأهداف العامة للاتحاد[1] .

(١) د/ محمد كامل عبيد ، نظم الحكم ودستور الإمارات ، الطبعة الثانية ، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م مطبوعات كلية شرطة دبي ، ص٤٠٩ ، د/ عبد الرحيم الشاهين ، السابق ص٩٥ .

ومن ثم فإن تحقيق الاتحاد الفيدرالي لأهدافه وأغراضه يتوقف على التوفيق بين هذين الأمرين أو طرفي المعادلة التي تكفل قوته، وذلك من خلال توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الإمارات الأعضاء وبذلك يكفل الاتحاد الفيدرالي صورة اللامركزية السياسية والتي ننتقل إليها في الفصل التالي.

الفصل الثاني
اللامركزية السياسية: مفهوم وتمييز

طرح المشكلة :

لم يجل الفقه الدستوري العربي في عمومه لوقتنا هذا، موضوع اللامركزبة السياسية في سفر، أورق منشور في الموضوع بذاته على حدة، وإنما ورد الحديث عنها عرضاً وبإجمال مقتضب إزاء حديثهم عن الاتحاد الفيدرالي، الأمر الذي يعني أن ذلك الفقه لم يعرض لها، كبحث قائم بذاته على الإطلاق وبشكل منفرد. ونادراً مانرى عبارة اللامركزية السياسية في المؤلفات الدستورية.

كما أغفل ذات الفقه على حد علمنا تناولها - بالدراسة والتحليل - في بحث خاص كمفهوم قانوني مميز، وإن استخدمها أحياناً للدلالة على الدولة الفيدرالية، اعتماداً على عدم وجود ما يسمى باللامركزية السياسية، كفكرة أو نظرية محددة.

بيد أن البحث العلمي في مجال أو فكرة لم يكتب فيها، يفرض على الباحث أن يستقي معالمها وملامحها من واقع معين وموجود يستخلص منه قواعد عامة يعرض

من خلالها فكرته أو رؤيته الجديدة. وهذا ما ألفيناه في مؤلفات أساتذتنا وأسفارهم التي عدنا إليها لنستقي معالم الفكرة عن أفكارهم والتي كانت بين الفينة والأخرى تدور حول تجسيدها في النظام الفيدرالي كشكل للدولة المركبة وسمة أساسية لها [1].

وفي ضوء قراءاتنا تبين لنا - على نحو ما سنوضحه في مكانه - أن مرتكزات اللامركزية السياسية تكمن في التنظيم السياسي لدولة الاتحاد الفيدرالي أو سلطة الحكم فيها، ابتناء على أن الفكرة الأولية والأصلية للامركزية، إنما تبدو في تعدد مراكز السلطة أو الحكم وتوزيعها بين عدة مؤسسات أو هيئات مستقلة.

وقد آثرنا أن يكون واقع الاتحاد الفيدرالي في دولة الإمارات العربية المتحدة هو المحور الذي يدور البحث في فلكه لدراسة اللامركزية السياسيةفي دولة الإمارات. وقد أرجعنا البصر في ذلك الاتحاد كرتين فانقلب لنا بواقع ملموس لفكرة اللامركزية السياسية يتبلور في توزيع الاختصاصات بين حكومة الاتحاد المركزية وحكومات الإمارات.

---

(١) وقد تناول جانب من الفقه ، الحديث عن اللامركزية السياسية كعنصر أساسي لقيام الدولة الاتحادية وخاصية من خصائصها، وأنها مع توافر عنصر الاستقلال الذاتي يشكلان معاً ، معياراً واقعيا يكتمل بتوافره وجود النظام الفيدرالي ويتجسد فيها مقياس التفرقة بين الدولة الفيدرالية المركبة والدولة البسيطة الموحدة، كما عرض البعض لهاأحيانا في اطار التفرقة بينها وبين اللامركزية الادراية التي تعد موضوعا هاماً في دراسات القانون الاداري . راجع في الفقه الدستوري على سبيل المثال: د/ محسن خليل، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، السابق ص٩٤، د/ محمد كامل عبيد ، نظرية الدولة ، السابق ص٥٥٨ .

وفي هذا الصدد تبرز إلى الأفق المشكلة الدستورية الرئيسية التي تواجهها الدول المتحدة اتحاداً فيدرالياً وهي مشكلة تحديد القدر المتروك للولايات أو الإمارات أو الدويلات من مظاهر السيادة الداخلية، وهي -في جانبها القانوني- مشكلة تحديد وتوزيع الاختصاصات بين مؤسسات الحكم التابعة للحكومة المركزية ومؤسسات الحكم في الولايات أو الإمارات[1]، وهي كما سنرى، المشكلة الرئيسية التي احتواها التنظيم الدستوري لها في دولة الإمارات العربية المتحدة والذي كان نتاجاً لظروف وعوامل سياسية واقتصادية واجتماعية وتاريخية.

وبعد هذا الطــرح لأساس المشكلة فإننا نتساءل عن مفهوم اللامركزية السياسية؟ وكيف يمكن التغلب على المشكلات التي يثيرها في الدول الفيدرالية ؟ وهل توجد مظاهر لذلك المفهوم في دولة الإمارات العربية المتحدة ؟

هذا ما سنجيب عنه من خلال دراستنا التي ستكون - إن شاء الله - على النحو التالي :

المبحث الأول
مفهوم اللامركزية السياسية

دهليز:

من الصعوبة بمكان تقديم تعريف شامل للامركزية السياسية، دون الاعتماد على مفاهيم أخرى تشترك معها في المصدر والمنبع الذي يجمع بينها، فالصور العديدة

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد ، السابق ص٣٨، د/ عمرو حسبو ، السابق ص٨٥.

للامركزية ترتد إلى نظام قانوني لا يظهر بمظهر واحد ولا يتخذ صيغة واحدة، بل يتعدد ويتباين بحسب الشكل الدستوري للدولة.

وأيا ما كانت الأشكال، ومهما اختلفت الصيغ، فلا مراء في أن مفاهيم اللامركزية تنبع من مصدر واحد يتبلور في نطاق تنظيم الدولة وهيكلتها[1].

والحقيقة أنني قبل أن أدلف إلى المفهوم الدستوري للامركزية السياسية يتنازعني اتجاهان في طريقة الطرح الفكري لهذا المفهوم. اتجاه يدفعني إلى تأخير تحديد المفهوم إلى مابعد التعرف على المفاهيم المقابلة للامركزية السياسية وتبيان علاقتها بتلك المفاهيم، حتى نصل إلى مضمون وتعريف واضح لها، لا سيَّما وأن خلط المفاهيم - أحياناً - يجعل بيان أمر تلك العلاقة أمراً ملحاً وضرورياً[2].

والاتجاه الأخر يمنعني من ذلك، حرصاً على الوقت الثمين للقارئ الكريم وما قد يناله من نصب ومشقة في التطواف به حول مفاهيم ومدلولات قد يكون أحاط بها من قبل خبراً، أو تؤدي به مستلزمات العرض الدراسي إلى ضياع الفكرة نتيجة استعراض المفاهيم المقابلة لها.

ورغم سهولة الاتجاه الأول - حيث يكون استخلاص المفهوم من مضامين مطروحة من قبل - إلا أنني تجنبت الرأي وشاققت نفسي، حتى لا أشق على قارئ -

---

(١) د/ خالد قباني، المرجع السابق ص٤٣.

(٢) المصدر السابق، ص٥٣.

واندفعت وراء حسي الذي كان أَمْيَلُ إلى الاتجاه الثاني رغبةً في تحديد الفكرة من أقصر وأيسر طريق، وتلك شيمة عصر المعلوماتية الآلية التي تقدم للقارئ المعلومات بأسرع وقت وأقل مجهود.

ومن ثم فإنني سأتناول - بإذن الله - بالدراسة في هذا المبحث، مفهوم اللامركزية بعد اطلالة تاريخية على تطورها وتمييزها عن الأفكار المقابلة أو المشابهة لها وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول
التطور التاريخي للامركزية السياسية

لا جرم أن تعد الحضارة الانسانية ثمرة للتفاعل البشري عبر أزمان التاريخ، إذ هي ليست وقفا على شعب بعينه ولا أمة بذاتها، ولا تقف عند زمان محدد أو تستقر في مقام معروف، بل هي حركة دائبة ما دامت الحياة، متنامية بتنامي الفكر وازدهاره، مستمرة باستمرار ابداع الإنسان وتلاقي الشعوب وتفاعلها وتكاثرها.

ومن ثم تبدو النظرة في التاريخ كأساس لحاضر اليوم أمراً متطلبا بالقدر اليسير الذي يخدم فكرة البحث في تأصيل حقيقة أن المفاهيم والمعارف والحقائق القائمة اليوم، إنما كانت وليدة تطور طويل من التجربة والتنظيم لدول مختلفة وشعوب متباينة. ولا غرو في ذلك فالحاجات الإنسانية المختلفة، حاجات متماثلة، وأن البحث - لذلك - في كيفية تلبيتها، ينبغي أن يستفيد من تجارب تلك الشعوب [1]،

(١) د/ أحد كمال أبو المجد، السابق ص٤.

حتى لا تكون التجربة والخطأ مسلكاً مقصوراً على شعب بعينه، تتقلص أو تذهب معه فرص الاستفادة من تجارب الذين كانوا من قبل، وأولئك الذين أتوا من بعد.

وقد ثبت في التاريخ أن تفكك الامبراطوريات القديمة في أوروبا ترتب عليه قيام وحدات سياسية نشأ بين شعوبها نوع من الوحدة في التاريخ وشعور مشترك بمصير واحد. ولهذا اتجهت صوب انشاء دول مستقلة وموحدة على أساس قومي بعد أن اضطرد هذا الشعور لدى شعوب أوروبا لأسباب اختلفت من شعب لآخر، وتطور هذا الشعور إلى توحيد الوحدات السياسية المتناثرة في دولة موحدة تقوم على أسس قانونية واضحة.

ومن ثم ظهرت صيغة التحالف أو الاتحاد لنرى فيه اللامركزية السياسية التي مرت في نشوئها بمرحلتين نتناول كل واحدة منها في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول
مرحلة الكونفدرالية

أخذت الدول في هذه المرحلة، الشكل الكونفدرالي الذي يعتمد في أساسه القانوني على وجود معاهدة دولية تربط بين الدول المتحالفة. وتعود الجذور الأولى لهذه المرحلة إلى التحالف السويسري القديم الذي نشأ بين المقاطعات السويسرية عام ١٢٩١، والذي تحققت له فيما بعد أمنية الوحدة بين تلك المقاطعات بدافع عوامل عديدة، صدر على إثرها الدستور الاتحادي في ١٢ سبتمبر ١٨٤٨ بعد حرب

السندربوند التي قامت عام ١٨٤٧[١].

وفي أمريكا كانت نشأة النظام الفيدرالي ثمرة مرحلتين متتاليتين : المرحلة الأولى، هي مرحلة الثورة أو ما عرف بحرب الاستقلال، عندما ثارت ثلاث عشرة مستعمرة بريطانية على ساحل أمريكا الشمالية ضد المملكة المتحدة عام ١٧٧٦ ، والمرحلة الثانية هي مرحلة الاتحاد التعاهدي والتي بدأت أثناء حرب الاستقلال وانتهت بوضع الدستور الاتحادي عام١٧٨٧[٢].

وفي ألمانيا ظلت الإمبراطورية الجرمانية مجموعة دولية غير منتظمة، تمثلت رابطتها القانونية في الولاء الإسمي للإمبراطورية إلى أن أخذت الدول الألمانية في التحالف الذي أنشأه نابليون عام ١٨٠٦ والذي أطلق عليه تحالف الراين Confederation du Rhin والذي كان يضم ست عشرة دويلة ألمانية، ولكن هذا التحالف انهار بانهيار عهد نابليون بونابرت. ويمكن القول بأن التحالف القانوني الكونفدرالي الذي عرفته ألمانيا هو التحالف الجرماني الذي نشأ بموجب " القانون الأساسي " الذي تم الاتفاق عليه في موتمر فينا في ٨ يونيو ١٨١٥[٣].

---

(١) د/ خالد قباني ، السابق ص٣٨.

(٢) د/ محمد بكر حسين، السابق ص٢٢، محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق ص٥٤٠.

(٣) د/ محمد بكر حسين ، السابق ص٨٩.

ولايمكن استعراض كافة الاتحادات الأخرى التي يمكن أن تندرج في المرحلة الأولى والتي تموج بها كتب التاريخ، ولهذا اقتصرنا على ما ذكرناه من نماذج بالقدر الذي يخدم فكرة التطور التاريخي للامركزية السياسية .

الفرع الثاني
مرحلة الفيدرالية

يؤرخ لهذه المرحلة بقيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ، وبيان ذلك ، أن الإدارة المحلية كانت قبل الثورة الفرنسية - كما ذكر Chapman - خليطاً معقداً من الإستقلال والامتيازات الأجنبية والحقوق والواجبات(١) ، فبالإضافة إلى الإقطاعيات المنبثقة من العهد الإقطاعي ، وجدت المدن ذات المواثيق أو الشرع villes- CHartes وكذلك المقاطعات Provinces التي كانت أشبه بجمهوريات مستقلة ، علاوة على المناطق التي كانت تخضع في إدارتها للكنيسة .

وكانت كل وحدة من هذه الوحدات الإدارية تتمتع بنظام خاص بها ، يختلف عن نظيرتها . ولما قامت الثورة الفرنسية ، عمدت إلى تغيير النظم الإدارية والمؤسسات الموجودة ، فألغت الجمعية التأسيسية ، الوحدات الإدارية السابقة ، وأتت بنظام جديد جعل من مؤسسة البلدية أساسًا للتنظيم الإداري المحلي . واستبدل المحافظات بالمقاطعات السابقة التي كانت أرضاً لإنبات بذور الفدرالية . وكانت فلسفة النظام

---

(١) BRIN CHAPMAN: L'administration local en france, 1955,p. 13.

الجديد للثورة في شأن التغيير ترتكز على محورين أساسيين هما :

١- إخضاع التقسيمات الإدارية لنظام قانوني واحد .

٢- توسيع مبدأ اللامركزية على نحو يسمح بتشكيل كل المجالس المحلية بطريق الانتخاب .

بيد أن الملامح الأولية للامركزية السياسية بدأت في الظهور بصدور قانون ١٢ديسمبر عام ١٧٨٩ . الذي يعتبر أول قانون يعتمد اللامركزية السياسية بمعناها العلمي والتنظيمي في شكل جهاز الدولة السياسي والاداري . ثم تلي ذلك القانون قانون أخر مكمل له صدر في ٢٦فبراير ١٧٩٠ . وقد اعتبر الفقيه الفرنسي اسمان Esmein أن الجمعية التأسيسية في فرنسا في ذلك الوقت قد أوجدت لا مركزية قوية من نوع خاص هو اللامركزية السياسية(١) .

ثم أعملت اللامركزية السياسية عملها في التاريخ بعد ذلك كنتيجة لتطورها بتطور الاتحاد الكونفدرالي إلى اتحاد فدرالي تبنته معظم الدول مثل سويسرا التي صدر دستورها الاتحادي عام ١٨٤٨ والمعدل في ٢٩مايوعام١٨٧٤ وجعل منها دولة

---

(١) د/ خالد قباني ، السابق ص٣٢ ، ويذكر الدكتور محمد فتوح عثمان ، أن الفيدرالية تمتد جذورها إلى الماضي السحيق ، منذ المدن الاغريقية القديمة وسائر المدنيات التي عاصرتها منذ القرن الخامس قبل الميلاد ، حيث كانت مجموعات من المدن المستقلة استقلالاً كاملاً وقد كونت فيما بينها أحلافا واتحادات مثل : اتحاد جزر سيوزCeos في بحر ايجه ثم انتشرت ظاهرة الاتحادات بين الدول مع قيام الامبراطوريات القديمة التي تكونت من الدول المفتوحة بقوة السلاح ، كالامبراطورية الرومانية القديمة ، انظر لسيادته ، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي ، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس ١٩٧٧ وطبعتها ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ١٩٧٧ص١٤ .

فيدرالية، وإن كان الاتحاد الفيدرالي في أمريكا قد تبلور قبل ذلك وقبل قيام الثورة الفرنسية بعامين، إذ تم التوقيع على الدستور الاتحادي في ١٧/ ٩/ ١٧٨٧ وبمقتضاه تحول الاتحاد الكونفدرالي إلى اتحاد فيدرالي[١] وكذلك ألمانيا التي أخذت بالنظام الفيدرالي بمقتضى القانون الأساسي الصادر عام ١٩٤٩[٢].

وقد أثبتت الصيغة الفدرالية مرونتها وصلاحيتها الفعالة لمواجهة ومواكبة التطور العصري في أنحائه المختلفة، ولهذا ما فتئت الدول في تبنيها واتباعها خلال القرنين التاسع عشر والعشرين بشكل ملحوظ. ولعل طبيعة التعامل في المجتمع الدولي قد دفعتها إلى ذلك، فالخيارات السياسية التي يموج بها تتجه نحو المزيد من الوحدة ولاتعود القهقري، أي لا تتحول من الوحدة إلى الانقسام.

ولذا لم يكن غريبا أن نرى جل دول العالم في قاراته الستة تأخذ شكل الاتحاد الفيدرالي.

ففي أمريكا الشمالية، أخذت به الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك. وفي أمريكا الجنوبية، أخذت به البرازيل وفنزويلا، وكولومبيا والأرجنتين. وفي

(١) د/ محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق ص٥٤٢.

(٢) د/ هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا الاتحادية، مجلة الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي عشر محرم ١٤١٩هـ، ابريل ١٩٩٨م ص٩٤.

أوروبا : النمسا وسويسرا وألمانيا الاتحادية والإتحاد السوفيتي قبل تفككه أواخر عام ١٩٩١ وتشيكوسلوفاكيا قبل تفككها في أول عام ١٩٩٣ .

وفي افريقيا : أخذت به الكاميرون وجنوب افريقيا وتنزانيا وأوغندا(١) .

وفي آسيا : أخذت به الإمارات العربية المتحدة وماليزيا والهند وبورما واندونيسيا التي بدأت بعض ولاياتها في الانفصال في أواخر عام ١٩٩٩ كتيمور الشرقية ومحاولات اقليم أتشيه للوصول إلى ذلك .

وفي المحيط الهادي، أخذت به استراليا .

ولا شك أن كل دولة في نظام فيدرالي، تحتفظ لنفسها بجزء من السيادة الداخلية في نطاق اقليمها، أي تقسيماً لوظائف الحكم ما بين السلطة المركزية الاتحادية والسلطات المحلية الاقليمية التي تعتبر هنا سلطات لامركزية سياسية .

المطلب الثاني
مفهوم اللامركزية السياسية وتحليله القانوني

لا يوجد في فقه القانون الدستوري مفهوم محدد للامركزية السياسية، ولم يتعرض لها فقهاء القانون الدستوري في مؤلفاتهم وأبحاثهم إطلاقا - على حد علمنا - بشكل منفرد حتى إننا نادراً ما نرى مصطلح اللامركزية السياسية في المؤلفات الدستورية. وليس معنى ذلك أننا نبتدع هذا المصطلح بلا رافد نعتمد عليه، كلا ! بل

(١) د/ محمد كامل عبيد ، نظرية الدولة ، السابق ص٥٣٨ .

أردت أن أنبه إلى أن الفقه الدستوري إنما استعمل عبارة اللامركزية السياسية بشكل متداخل مع اللامركزية الإدارية من جهة، أو للدلالة على الاتحاد الفدرالي من جهة أخرى [1].

---

(١) اللامركزية ، ظاهرة تتضمن توزيع سلطة الحكم والإدارة بين الحكومة المركزية والدويلات المكونة لها، كما هو الشأن في النظام الفيدرالي، ويطلق عليها اللامركزية السياسية ، كما تتضمن أيضاً توزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة المركزية ومجالس محلية أو مؤسسات عامة يكون لها سلطة البت فيما تملكه من اختصاصات دون الرجوع إلى الحكومة المركزية، ويطلق عليها اللامركزية الإدارية.
وواضح من ذلك الذي قرره جانب من فقه القانون العام العربي أن اللامركزية تأخذ شكلين رئيسيين هما اللامركزية السيياسية والامركزية الإدارية. راجع في ذلك د/ محمد محمد بدران ، الحكم المحلي في المملكة المتحدة ، مرجع سابق ص ٢٨ .
وينتقد جانب آخر من المهتمين بالدراسات الإدارية ، ادخال اللامركرية السياسية في اطار اللامركزية عموماً ويعتبره خلطاً بين عائلتين مختفتين هما: حكومات الولايات وهي من عائلة شكل الدولة وبالذات المسمى فيدرالية، والحكومات المحلية والإقليمية وهي من عائلة تنظيم الدولة أو اللامركزية (موسوعة العلوم السياسية -جامعة الكويت ١٩٩٤ص ٤٦٠). وقد يكون لهذا الرأي وجاهته من زاوية التركيز على تلازم اللامركزية السياسية مع الشكل الفيدرالي الذي هو عبارة عن اتحاد "مجموعة دول" ومن ثم لا يصح الحديث عن اللامركزية بين مجموعة دول، إذ هي فكرة تبدأ إثارتها داخل كل دولة أو ولاية على حدة. ورغم صحة هذا الاستنتاج في بعض جوانبه، تأسيساً على أن الولايات (في أمريكا مثلاً) ذات سلطة واسعة في تصميم نظام محلي لها ، يجعل حكومة الولاية بمثابة سلطة مركزية في علاقاتها بذلك النظام المحلي، إلا أن هذا النقد - في الحقيقة - هو موضوع لنقد مقابل ، فالولايات في الدول الفيدرالية تظل - على كل حال - مرتبطة بعلاقة تبعية مع السلطة المركزية للدولة الفيدراليةذاتها ، وتبقى هناك هيئة مركزية واحدة مهما تعددت نظم تنظيم العلاقة بينها وبين الويلات أو الدويلات . راجع في هذه الانتقادات د/ علي الصاوي ، الإدارة المحلية ، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة ، ص ٤١ و ٤٢ .

ومن هنا يأتي دورنا في استخلاص المصطلح من مداخلاته وإفراده بالحديث عنه وتحديد مضمونه. وعلى هذا الأساس، فإنه قد بان لنا من خلال القراءات المتعددة في فقه القانون الإداري والدستوري أن اللامركزية السياسية هي: أسلوب للتنظيم الدستوري، أو وضع دستوري وسياسي يقوم على أساس توزيع الوظائف الحكومية المختلفة أو الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والقضائية بين الحكومة الاتحادية الموجودة في العاصمة وحكومات الولايات أو الإمارات أو ما إلى ذلك من المسميات [1]، والتي تمارس صلاحياتها في مناطقها المكانية المحددة لها جغرافيا في الحدود التي يرسمها الدستور الاتحادي [2].

تحليل المفهوم:

أولاً: أن اللامركزية السياسية تمس سيادة الدولة الاتحادية ووحدتها، كما تتعلق بالوظيفة الحكومية [3] التي تكون شركة بين الحومة المركزية وهيئات أخرى إقليمية

(١) HERAND, de la décentralisation au Fédéralisme, in " la nouvelle nouvelle décentralisation siyéy 1983, p. 12 et s.
C.F.E. STRONG, Modern political Constitutions, sidgwick and Jackson,London, 7 t h ed, 1963, p. 65 et s.
وانظر أيضا في نفس المعنى د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي في الامارات العربية، السابق ص ٧، د. محمد فتوح عثمان، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، دراسة مقارنة، مطبوعات كلية شرطة دبي، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م ص ١٥٦.

(٢) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٩٢ ص ٧٧ وراجع أيضاً د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، السابق ص ٢٠٢، د. السيد محمد إبراهيم، أسس التنظيم السياسي والدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٧٥ ص ٤٨ وانظر في الفقه الفرنسي:
Léon Duguit, traité de droit constitutionnel, T.3, 3ème éd, paris, 1930, p. 73 et s.

(٣) د. رمضان محمد بطيخ، الإدارة المحلية في النظم الفيدرالية، دراسة تحليلية مع التطبيق على دولة الإمارات العربية المتحد، مؤسسة العين للإعلان والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٩٨٨ ص ٥٥.

تكوّن حكومات الولايات أو الإمارات أو الدويلات [1]، بحيث تتولى دولة الاتحاد، السلطات العامة، التشريعية والتنفيذية والقضائية على مستوى الدولة كلها، وفي المقابل يكون لكل ولاية سلطات عامة خاصة بكل منها، تمارسها في النطاق الجغرافي لإقليمها، طبقاً لدستور مكتوب تحدد فيه اختصاصات كل منهما [2].

ثانياً: إن اللامركزية السياسية la décentralisation politque تعد نوعاً من أساليب التنظيم الدستوري أو من أساليب الحكم [3] لا وجود له في الدولة البسيطة أو الموحدة، وإنما هي إحدى السمات المميزة للدولة المركبة والمتحدة اتحاداً فيدرالياً أو مركزياً [4]. تتعلق بمباشرة مظاهر السيادة في هذه الدولة وتوزيعها بين سلطة مركزية وسلطات محلية لا مركزية، أي إنها تنظيم لآلة الحكم في تلك الدولة [5].

ثالثاً: إن اللامركزية السياسية تعد انعكاساً للمبدأ الديمقراطي في الحكم، إذ تمنح الولايات أو الإمارات استقلالاً جزئياً، وفي ذات الوقت تكفل حماية ذاتية – من

---

(١) د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ ص ١٦٤ .

(٢) د . عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، السابق ص ١٢٤، د. محمد محمد بدران ، السابق ص ٣٠.

(٣) د . زين بدر فراج، مباديء القانون الإداري، محاضرات ألقيت على طلاب كلية الحقوق- جامعة المنصورة، ١٩٨٧ ص ٩٣ .

(٤) BURDEAU(G) Traité de science politique. T, 2, 1983, p. 365.
حيث قال : " Le Fédralisme vise l'activite gouvernementale, la decentralisation ne concerneque les pouvoirs d'administration ".

(٥) د. صلاح الدين فوزي ، السابق ص ٢٠٢ ، د . خالد قباني ، السابق ص ١٩٨ .

خلال الدستور الاتحادي - ضد استبداد الأغلبية في مواجهة الأقلية والتي يمكن أن تشكل أغلبية في النطاق الجغرافي المحلي أو الإقليمي لها . إذ يكون لهذه الأقلية حق تجسيد إرادتها الخاصة في إقليمها وفي المجالات التي لا تتعارض مع الأهداف السياسية التي قام الاتحاد من أجلها (1) .

إن اللامركزية السياسية ، كأسلوب من أساليب الحكم ، تناسب الدول الكبيرة الحجم ، وتلك التي تتعدد وتختلف فيها القوميات واللغات والثقافات والتقاليد بين شعوب وحداتها السياسية المختلفة (2) . والمشكلة التي تثار في مثل هذه الدول ، هي البحث عن صيغة مقبولة للجمع بين الشعوب غير المتآلفة ولا المتجانسة اجتماعياً وثقافياً وعقائدياً والمتصارعة سياسياً ضمن حيز جغرافي واحد . ولا ريب أن اللامركزية السياسية هي تلك الصيغة ، حيث توفق بين تلك المناقضات مع المحافظة على الشخصيات والقوميات لتلك الشعوب بلونها وخصائصها الذاتية مع جعلها قابلة للتعايش والتلاحم . وفي ضوء ذلك يمكن تشبيه الدولة الفيدرالية التي تقوم على اللامركزية السياسية بشجرة واحدة ، لها جذع واحد وتتفرع عنها أغصان كثيرة ، تتفيأ

---

(1) د . عادل الطبطائي ، النظام الاتحادي ، السابق ص ٧ .

(2) د. خالد سمارة الزعبي ، القانون الإداري وتطبيقه في المملكة الأردنية الهاشمية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، عمان ، الأردن ، ١٤١٣ هـ ١٩٩٩٣ م - ص ١١٣ وانظر له أيضاً ، تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، د. ت ص ٣٣ ، د. محمد فتوح عثمان ، أصول القانون الإداري لإمارة دبي ، السابق ص ١٥٦ .

كل جماعة ظلا من ظلالها الوارفة .

خامساً : إن الدستور الاتحادي ، يمثل الأساس القانوني الذي يقوم عليه الاتحاد الفيدرالي ، فهو الذي يحدد للحكومة الاتحادية المركزية اختصاصاتها ، وللولايات الاختصاصات المتروكة لها . ومن ثم فهو يشكل ضمانة مزدوجة تتمثل في كفالة الاستقلال الداخلي للولايات ، والحماية الكبرى للشكل الاتحادي [١] .

سادساً : إن اللامركزية السياسية ليست هدفاً في حد ذاتها ، وإنما هي وسيلة دستورية أو نظام قانوني يطبق في المجتمعات السياسية التي تعيش في دولة اتحادية ، تهدف من ورائه إلى تنظيم قواها بالكيفية التي تكفل لها تحقيق أهدافها وتطلعاتها التي قام الاتحاد من أجلها بشكل أفضل [٢] .

وبعد التحليل الذي عرضناه لمفهوم اللامركزية ، نعود إلى دراسة الأفكار التي تعرض في مجال الدراسات القانونية بشكل مجاور لها لبيان العلاقة التي بين كل منها واللامركزية السياسية ، وهو ما نتناوله بالدراسة - إن شاء الله - على النحو التالي :

---

(١) د . مصطفى أبو زيد فهمي ، النظرية العامة للدولة ، مرجع سابق ص ٤٩ .

(٢) د. خالد قباني ، السابق ص ٢١٩ .

المبحث الثاني
العلاقة بين مفهوم اللامركزية السياسية ومفهومي الفدرالية واللامركزية الإدارية

تقديم وتقسيم :

اللامركزية في عمومها، نظام قانوني، لا يأخذ صبغة واحدة ولا شكلاً منفرداً، وإنما تتعدد أشكاله وتتباين صيغه بحسب الشكل الدستوري للدولة .

بيد أن تلك الأشكال تجمعها فكرة أولية ثابتة تتبلور في تعدد مراكز السلطة وذلك بتوزيعها بين هيئات مستقلة وعديدة . وقد يمتد هذا التوزيع إلى سلطة الحكم، فنكون إزاء اللامركزية السياسية، وقد يقتصر على سلطة الإدارة فنكون بصدد اللامركزية الإدارية [1] .

ويجري جلّ فقه القانون العام في إطار دراساته، مقابلة بين مفهوم اللامركزية السياسية والإدارية - على نحو ما سنرى في المطلب الثاني من هذا المبحث - ومفهوم آخر كثيراً ما يرتبط تناوله بالطرح العلمي لفكرة اللامركزية السياسية وهو مفهوم الفدرالية .

فقد ألفينا فقهاء القانون الدستوري يستخدمون تعبير اللامركزية السياسية للدلالة على الدولة الفدرالية، اعتماداً على أن اللامركزية السياسية ملازمة للدولة

---

(١) KING (p) : Federalism and Federation, London, Croom Helm, 1982.

المركبة وبالذات للفكرة الاتحادية، نظراً لتضمنها معنى قيام عدة مراكز قانونية وسياسية يتمتع كل منها بمميزات الدولة، إلى جانب مركز أساسي ترتبط به ارتباطاً تختلف درجته قوة وضعفاً باختلاف الأهداف المبتغاة من الاتحاد [1].

وترتيباً على ذلك سنقوم بسبر غور الفدرالية لبيان ما بينها وبين اللامركزية السياسية من مقابلة أو مرادفة، ثم نتبع ذلك بالحديث عن اللامركزية السياسية وبيان مدى المقابلة والاختلاف بينها وبين اللامركزية الإدارية وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول
اللامركزية السياسية والفدرالية (صنوان)

مصطلح الفيدرالية، مصطلح فضفاض وغير واضح، وقلما انبثق عنه معنىً واحد، حيث يستعمل في أحيان كثيرة بأربعة معان أساسية هي : ١- التحالف Alliance ٢ - العصبة أو الجامعة League ٣ - الاتحاد الكونفدرالي Confederation ٤ - الاتحاد بمعناه الأدق Federation [2].

وأمام تعدد معاني المصطلح، لم يكن أمام الفقه الدستوري بد من ترجمة الفدرالية بمعان متعددة، فالبعض يطلق عليها الدولة الاتحادية ويقصد بها الدولة

(١) د . خالد قباني ، السبق ص ١١٥ .

(٢) دائرة معارف العلوم الاجتماعية ، مشار إليه في د . عبد الرحمن البزاز ، الدولة الموحدة والدولة الاتحادية ، دار القلم ، الطبعة الثانية ، القاهرة ٩٦٦ ص ٥٩ .

المتحدة اتحاداً مركزياً (لامركزيا في رأينا) والبعض يطلق عليها الدولة التعاهدية، أو الاتحاد الدستوري (وهي ترجمة أدق في نظرنا). ولعل هذا إنما يعود كما ذكر البروفسور الانجليزي استرونج إلى أن النظام الفدرالي يختلف في كيانه من بلد إلى بلد ومن وقت إلى آخر [1].

وكما انقسم المحيطون باختلاف الألسنة علماً في ترجمة مصطلح الفدرالية، انقسم أهل الاختصاص في الفن القانوني المرتبط بدراسة الدولة إلى اتجاهين في تعريف الفدرالية.

الاتجاه الأول: ذهب إليه ثلة من الفقه القانوني، ويرى أنصاره [2] أن الفدرالية تعني نظام الدول التي تنتقص سيادتها الداخلية بالقدر اللازم لقيام الاتحاد، وتزول سيادتها الخارجية تماماً، لصالح الحكومة المركزية التي تملك بناصيتها كل العلاقات الخارجية، ومن ثم فإنها تعد دولة فوق الدول المكونة للاتحاد. ومعنى ذلك أن الدويلات أو الولايات أو الدول أو الإمارات لا تتمتع بشخصية قانونية دولية، وإنما

(١) وفي ذلك يقول :
Federalism Varies in from place to place and from time to time " C.F.E. strong : Modern Political Constitution, sidgurickk and J ackson, limited, London, 1963, p. 103.
ذكره د. محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، السابق ص ١٠ هامش١ .

(٢) د. محمد رمزي الشاعر، المجتمع العربي، دار النهضة العربية ١٩٧٠ ص ٢٤٩، د. محمود حلمي، المبادىء الدستورية العامة، دار الفكر العربي ١٩٦٦ ص ١٤٧، د. مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري، دار المعارف ١٩٦٦ ص ٣١، د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٧٥ ص ١٤٩، د. سعاد الشرقاوي، النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية١٩٧٥ ص ٨٣.

هي مجرد أقسام إدارية - داخل الدولة الاتحادية - مهما كان استقلالها الداخلي .

الاتجاه الثاني: ذهب إليه كثير من الآخرين ويرى أنصاره [1] أن الفدرالية تعني اتحاد عدة دول في شكل دولة واحدة هي الدولة الفدرالية ، بمقتضى دستور اتحادي ، مع بقاء سلطات الحكم موزعة بين الدول الأعضاء في الحدود التي يقررها الدستور الاتحادي ، وفي ذات الوقت تتمتع كل من الدولة الفدرالية والدول الأعضاء بالشخصية القانونية الدولية .

وبالنظر في الاتجاهين يبرز الفارق الأساسي بينهما في تمتع أو عدم تمتع الدول المكونة للاتحاد بالشخصية الدولية مع الدولة الفدرالية .

والاتجاه الثاني هو الذي يروق لنا ونميل إليه - مع غيرنا - بالتأييد ونراه حريًا بالتفضيل ، إذ هو الغالب في التطبيق ، كما أنه يتسق ويتناغم مع الوضع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة .

ووجه ذلك أن دستور دولة الإمارات نص في المادة ١٢٣ منه على أنه : " . . . . . يجوز للإمارات الأعضاء في الاتحاد عقد اتفاقيات محدودة ذات طبيعة

---

(١) د . سعد عصفور ، القانون الدستوري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار المعارف ١٩٥٤ ص ٢٥٤ ، د . طعيمة الجرف ، نظرية الدولة ، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٣ ص ٨١ ، د. بطرس غالي ود . محمود خيري عيسى ، نظم الاتحادات الدولية ، المكتبة القومية ١٩٦٠ ص ٢٦ ، د . سليمان الطماوي ، السلطات الثلاث ١٩٧٤ ص ١٣٢ ، د. السيد صبري ، مبادىء القانون الدستوري ، الطبعة الثالثة ، مكتبة عبدالله وهبة ١٩٤٦ ص ٧ .

إدارية محلية مع الدول والأقطار المجاورة لها على ألا تتعارض مع مصالح الاتحاد ولا مع القوانين الاتحادية . . . . . " [1] وفي عجز تلك المادة ورد النص صريحاً على تمتع الإمارات بممارسة بعض مظاهر السيادة الخارجية ، حيث جاء فيها " كما يجوز للإمارات الاحتفاظ بعضويتها في منظمة الأوبك ومنظمة الدول العربية المصدرة للنفط أو الانضمام إليهما " .

وبناءً على التحديد السابق لمعنى الفيدرالية يعود التساؤل المطروح على بساط البحث في هذا المطلب مرة أخرى بالصيغة التالية ، ما هي علاقة مفهوم اللامركزية السياسية بمفهوم الفدرالية ؟ أو بشكل آخر : هل هما صنوان أم غير صنوان ؟

إن إجابتنا على هذا التساؤل ذكرناها صراحة في عنوان المطلب بين علامة تنصيص حرصاً على وقت القارىء .

ونعود فنكرر إن القراءة المتأنية - للمراجع التي وقع عليها بصرنا - انتهت بنا إلى أن اللامركزية السياسية والفدرالية مفهومان مترادفان وسنذكر للتدليل على ذلك ما سأتلو عليكم منه ذكراً :

أ - رغم ندرة استخدام عبارة اللامركزية السياسية في مؤلفات فقه القانون العام ، إلا إنها قد ترد كمرادف للفدرالية ، بمعنى الدولة الاتحادية الدستورية . فالفقيه

---

(١) المادة ١٢٣ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة ، طبعة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ، ص ٤١ .

الفرنسي هوريو نبه إلى ضرورة عدم الخلط بين اللامركزية السياسية أو الفدرالية وبين اللامركزية الإدارية، الأمر الذي يعني أنهما مترادفان [١].

ب - وقريب من ذلك ما قرره جان ريفيرو من أن اللامركزية السياسية ترتبط بالدولة الاتحادية وخاصة دول الاتحاد المركزي أو الدول الفدرالية بالاصطلاح الفرنسي والإنجليزي، ولهذا يرتبط اصطلاح اللامركزية بالنظام الفيدرالي [٢].

جـ - ويبدو الترادف واضحاً وقوياً بين اللامركزية السياسية والفدرالية فيما ذكره فقه القانون العام العربي بصدد تحديد مفهوم الفدرالية بأنها تنتمي إلى فن توزيع السلطات السياسية [٣] وتعني طريقة توزيع الاختصاصات بين السلطة المركزية في العاصمة الاتحادية وبين السلطات الإقليمية في الولايات أو الإمارات، على نحو يجعل كل من الحكومة المركزية والحكومات الإقليمية مستقلة عن الأخرى ومتعاونة معها في ذات الوقت [٤].

(١) HAURIoU (M): précis élémentaire de Droit Administratif, 4 éme éd, 1938, p. 47.

(٢) RIVERO(J) : Fédéralisme ,e et décentralisation dans la structure de l'etat moderne, 1979,p. 119 ets.

وقريب من ذلك ما ذكره موريس دو فرجيه من أنه ليس هناك فرق بين الاتحاد الفدرالي واللامركزية السياسية إلا في درجة الامركزية السياسية، فهذه الأخيرة اتحاد من نوع مخفف في حين أن الاتحاد الفدرالي لا مركزية من توع قوي.

(٣) د. مهاب نجا، القانون الإداري العام، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع، طرابلس لبنان، الطبعة الأولى ١٩٩٠ ص ٣٧، د. محمد محمد بدران، السابق ص ٢٨.

(٤) د. هادف راشد العويس، المرجع السابق ص ٨٧.

د - ويمكن استقراء هذا الترادف أيضاً من تشبيه الفدرالية بطائر له جناحين: جناح يشكله الشعب، وجناح آخر تكونه الدول، والجسم فيه هو جسم الدولة المركزية الذي يشتمل على الأعضاء والأركان والفروع، ويمثل الدستور في هذا الجسم قلب الدولة الاتحادية [1].

وهنا تبرز الفدرالية كوضع دستوري وسياسي يعمل على التوفيق بين رغبات الولايات أو الإمارات في الاحتفاظ بسيادتها الداخلية وحماية الصالح العام للاتحاد عن طريقه المشاركة في تسيير شئون ومصالح الدولة الاتحادية. وتسعى الفدرالية لتحقيق هذا الغرض من خلال قانونين أساسيين هما: قانون الاستقلال الذاتي وقانون المشاركة [2]، وهذا الأخير هو الذي يجعل دولة ما تأخذ شكل الدولة الاتحادية، ويكمن سبب ذلك في أن المشاركة من قبل الولايات أو الدول أو الإمارات

---

(١) د. خالد قباني ، المرجع السابق ص ١٣٧ .

(٢) يعني قانون الاستقلال الذاتي La loi d'autonomie ترك حرية التصرف لكل دويلة داخلة في الدولة الاتحادية ، في مجالات مصالحها المادية والمعنوية وتمتعها بقدر من السيادة في النطاق الداخلي لاقليمها بشرط أن تكون حرية التصرف هذه منسجمة مع الأهداف العامة للاتحاد، ومتسقة مع الفكرة القانونية السائدة في الدولة الاتحادية ككل .
أما قانون المشاركة La loi de participation فيعني التعاون المثمر بين الهيئات الاتحادية والمحلية في اتخاذ القرارات ، لما بينها من تداخل في الصلاحيات وتشابك في المصالح وتكامل في الوجود القانوني والدستوري، ومشاركة في تسيير شئون ومصالح الدولة الاتحادية.
راجع في ذلك د. عادل الطبطائي، الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العد الأول ، صفر ١٤٠٠ هـ - يناير ١٩٨٠م ص ٩٤ و ١١٣ وأيضاً د. خالد قباني ، السابق ص ١٣٩ و ١٤٩ .

لا تكون قاصرة على المشاركة في السيادة على أقاليمها وأراضيها مع السلطة الاتحادية، ولكن مشاركتها في جوهر السيادة نفسه La participation la substance à mêm de la souveraineté أي في تكوين إرادة الدولة الاتحادية وهو ما قال به بوريل Borel الفرنسي وزاده إيضاحاً مواطنه لوفير le fur [1].

مما تقدم وغيره يتضح مبرر اقتران تعبير اللامركزية السياسية لدى فقه القانون العام بالفدرالية [2] الأمر الذي يعني أن اللامركزية السياسية لا تعني بالمفهوم الدستوري شيئاً آخر سوى الفدرالية.

المطلب الثاني
اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية (غير صنوان)

ليس في فقه القانون العام أحد من الممترين في أن الطريقة أو الأسلوب الذي تتبناه الدولة لتنظيم جهازها الإداري يرتبط بدرجة عالية بالنظام السياسي الذي تطبقه، ففي الدول الديمقراطية تكون اللامركزية هي الأسلوب المتبع في التنظيم الإداري وفي تسيير مرافق الدولة العامة بانتظام واضطراد، بينما يختلف ذلك الأسلوب في الدول غير الديمقراطية، ويأخذ طابع المركزية التي تحكم قبضة السلطة المركزية على جهاز

(١) FOREL: étude sur la souveraineté et l'ETAT Fédéral, thèse, Berne, 1886, p. 172 et s.
LE FUR: ETAT Fédéral et confédération d'etats, thése , paris 1896, p. 596, et s.

(٢) HAURIOU (M) : précis élémentaire de droit administrativ, 1937.p48.

الدولة السياسي والإداري، وتنفرد وحدها بتصريف كل أمور الدولة [1]. ومن ثم فإن فهم اللامركزية السياسية بصورة أعمق، وتجليتها على نحو أوفى يستلزم أن نعرض لمقابلة ومقارنة بينها وبين اللامركزية الإدارية، باعتبارهما مظهرين لفكرة واحدة، هي فكرة توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية وهيئات إقليمية [2]، أي أنه يوجد طابع موحد ومشترك بين اللامركزيتين، هو توافر صفة الاستقلال - على اختلاف في درجته - في تسيير وإدارة الشئون الإقليمية. [3]

ورغم هذا الطابع المشترك إلا أنه يبقى القول بأن اللامركزية السياسية والإدارية بينهما برزخ لا يبغيان يجليه ما نقوم به من عرض لمفهوم اللامركزية الإدارية والفوارق الجوهرية بينها وبين اللامركزية السياسية.

الفرع الأول
مفهوم اللامركزية الإدارية

تعني اللامركزية الإدارية توزيع الوظائف الإدارية في الدولة بين كل من الحكومة المركزية في العاصمة (الوزارات) وهيئات أخرى عامة مستقلة، على أساس إقليمي أو وظيفي، تقوم بتقديم بعض الخدمات إلى الجمهور، مع خضوعها لإشراف

---

(١) د . خالد قباني ، السابق ص ٤٢ .

(٢) د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق ص ١٦٢ .

(٣) د. مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادىء القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات كلية شرطة دبي، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ ، ص ١٧٠ .

الحكومة المركزية والذي يعرف اصطلاحاً (بالوصاية الإدارية)[1].

وبتعبير آخر فإن اللامركزية الإدارية تعد أسلوباً أو طريقاً من طرق الإدارة يقضي بتوزيع الوظيفة الإدارية بين الحكومة التي تمثل السلطة المركزية وهيئات عامة أخرى (محلية أو مرفقية) مستقلة عنها قانوناً، على أن تخضع تصرفات هذه الهيئات لرقابة السلطة المركزية، أي للوصاية الإدارية La tutelle administrative ويبين من التعريف ما يلي: -

١ - أن اللامركزية الإدارية تهتم بتوسيع صلاحيات السلطات المحلية على حساب السلطة المركزية، وأن من شأنها، نقل النشاط الإداري من أيدي الموظفين إلى أيدي المواطنين.

٢ - ومن جهة أخرى فإن اللامركزية الإدارية تعد إنعكاساً عملياً لمبدأ الديمقراطية الإدارية على المستوى الإقليمي قياساً على تطبيق الديمقراطية السياسية على المستوى القومي أو الوطني[2].

---

(١) د. محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، تنظيم السلطة الإدارية والوظيفة العامة، مطبوعات كلية شرطة دبي، بدون تاريخ ص١٩٠، د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، السابق ص٦٥، د. محمد محمد بدران، الحكم المحلي في المملكة المتحدة، السابق ص٣٣، د. محمد كامل عبيد، نظرية الدولة، السابق ص٥٦٠، د. خالد الزعبي، القانون الإداري، السابق ص١١٣، د. محمد فتوح عثمان، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، السابق ص ١٥٥.

(٢) د. خالد قباني، مرجع سابق ص ٥٥.

٣ - من جهة ثالثة، فإن أسلوب توزيع الوظيفة الإدارية قد يكون مركزياً وقد يكون لا مركزياً في الدولة البسيطة أو الموحدة، وكذلك الشأن في الدولة المركبة وخاصة الدول الاتحادية الفدرالية مثل أمريكا ودولة الإمارات العربية المتحدة[١].

الفرع الثاني
الفروق الأساسية بين اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية

إذا كان من المسلم به أن اللامركزية السياسية والإدارية تشتركان معاً في توافر صفة الاستقلال في كل منهما، إلا أن هذا لا يمنع من الاعتراف في الوقت نفسه بوجود فوارق جوهرية بينهما يمكن بلورتها من خلال معايير الاختلاف التالية بينهما :

الغصن الأول
معيار الطبيعة المميزة لكل منهما

تتعلق اللامركزية السياسية بالنظام السياسي للاتحاد الفدرالي، وبتعبير أدق بأسلوب التنظيم الدستوري للدولة الاتحادية، حيث تتمتع الدويلات أو الإمارات الداخلة فيها بقدر من حقوق السيادة الداخلية، مؤداه تمتعها باستقلالي دستوري وتنظيم ذاتي Auto - organisation يخصها بنصيب من سلطات للتشريع والتنفيذ

(١) د . محمود سامي جمال الدين ، السابق ص ١٩٨ .

والقضاء تمارسه داخل إقليمها إلى جانب سلطات الدولة الاتحادية[1]، في حين أن اللامركزية الإدارية تعبر عن نظام إداري يقتصر توزيع الاختصاصات فيه دائما على مجال النشاط الإداري ولذلك فهو مجرد نشاط فرعي Subordonné Dérivé ولا يمتد بحال إلى مجالس التشريع والقضاء[2]، الأمر الذي يعني أن الوحدات الإدارية في ظل اللامركزية الإدارية لا تتمتع بأي استقلال دستوري أو حق التنظيم الذاتي على غرار ذلك الذي تتمتع به الدويلات أو الإمارات في اللامركزية السياسية[3].

وبناء على هذا المعيار لا توجد اللامركزية السياسية إلا في الدولة الاتحادية المركبة دون الدولة البسيطة أو الموحدة، بينما توجد اللامركزية الإدارية في إطار الدولة البسيطة أو الموحدة، وفي إطار الدولة الاتحادية المركبة[4] على السواء، ولا ترتبط بشكل الدولة أو تمس وحدتها السياسية[5]، وإنما تقتصر على كيفية ممارسة الوظيفة

(١) د. فرناس عبد الباسط البنا ، المركزية واللامركزية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة ، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ ص ١٢٨ ، د. محمود عاطف البنا ، الوسيط، السابق ص ١٦٣ .

(٢) د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، مبادىء القانون الإداري المصري ١٩٨٢-١٩٨٣ص ٨٨.

(٣) د . محمد كامل عبيد ، نظرية الدولة ، السابق ص ٥٦٢ .

(٤) BURDEAU.(G) traité de science politique, T. 1. 1949, paris, p. 406 et s.

(٥) د . سليمان الطماوي ، مبادىء القانون الإداري ، الكتاب الأول ، طبعة ١٩٨٣ ص ١٢٩ ، د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، السابق، ص ١٢٥ ، د. خالد سمارة الزعبي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١١٢، د. زين بدر فراج، مبادىء القانون الإداري، السابق ص ٩٤، د. محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري السابق ص ١٦٣ .

الإدارية، بعكس اللامركزية السياسية التي ترتبط بكيفية ممارسة السيادة ومظاهر السلطة في الدولة [1].

الغصن الثاني
معيار الأداة القانونية في النشأة وتحديد الاختصاصات

في اللامركزية السياسية تجد الوحدات الإقليمية - وتسمى عند ئذ بالدويلات أو الإمارات - سند وجودها في الدستور نفسه [2]، وهو الذي يتولى مهمة توزيع الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والولايات بالطريقة التي تلائم ظروف وأوضاع كل دولة . ويترتب على ذلك أنه لا سبيل للمساس باختصاصات أو مدى استقلال الولايات أو الإمارات زيادة أو نقصانا [3] إلا بتعديل الدستور الاتحادي وهو دستور جامد، حيث تشترط أغلبية معينة لتعديله، ولاشك أن ذلك يعد ضمانة كبيرة لعدم المساس باختصاصات الولايات [4] بينما في اللامركزية الإدارية تجد الوحدات

(١) د. صلاح الدين فوزي، المحيط في النظم السياسية، والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٢٢٠، د. فرناس عبد الباسط البنا ، المركزية واللامركزية ، السابق ص ١٢٨.

(٢) د. محمود عاطف البنا، السابق ص ١٦٣ ، د. خالد قباني ، السابق ، ص ٥٢، د. حسن محمد عواضة، المبادىء الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ ص ٢٦ .

(٣) د. محمود سامي جمال الدين ، المرجع السابق ص ١٩٤ ، د. صلاح الدين فوزي ، السابق ص ٢٢١ .

(٤) د. عبد الغني بسيوني ، السابق ص ١٢٥ ولنفس المؤلف ، القانون الإداري ، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٩١ ص ١٣٧ وما بعدها .

الإقليمية سند وجودها في القانون العادي.

وبالنسبة لطريقة تشكيلها وتحديد اختصاصاتها وأساليب ممارستها لها، فإن ذلك يكون وفقاً للنص المحدد من قبل المشرع العادي - قانون أو لوائح إدارية - وبالتالي فإن اختصاصات هذه الوحدات تحكمها إرادة المشرع [1] الذي يمكنه أن يعدل فيها أو ينتقص منها أو يلغيها تماماً وفقاً للظروف السياسية [2] دون أن يكون لهذه الوحدات حق الاعتراض [3]، أي أنها تكون تحت رحمة المشرع العادي وإرادته طالما أنه ملتزم بأحكام الدستور [4].

---

(١) د. مهاب نجا، القانون الإداري العام، السابق ص٣٧، د. صلاح فوزي، السابق ص٢٢١.

(٢) د. زين بدر فراج، السابق، ص ٩٤.

(٣) د. محمد كامل عبيد، السابق، ص ٥٦٣.

(٤) ويلاحظ في هذا الشأن أن إرادة المشرع ليست حرة تماماً، وإنما يتقيد بالمنهج الذي سلكه الدستور في التوزيع وهو لا يخرج عن أحد أمرين:
١ - اما أن يكتفي الدستور بإرساء المبادىء العامة لاختصاص الوحدات الإقليمية، وفي هذه الحالة يكون للمشرع سلطة واسعة في تحديد اختصاصات الهيئات الإقليمية.
٢ - وإما أن يحدد الدستور تفصيلاً اختصاصات تلك الهيئات، وفي هذه الحالة تضيق حرية المشرع العادي ولا يستطيع أن يحد من اختصاصات تلك الهيئات وإلا وصم تشريعه بعدم الدستورية راجع في ذلك د. رمضان محمد بطيخ، الإدارة المحلية، السابق، ص ٥٧ هامش ٢، د. محمود سامي جمال الدين، السابق ص ١٩٤.

الغصن الثالث
معيار وحدة وتعدد القوانين

رأينا – من قبل – أن الدول الأعضاء في الاتحاد الفدرالي تعتبر وحدات سياسية، بينما الأقاليم المكونة للدولة الموحدة تعتبر مجرد أقسام إدارية، وينجم عن هذا التكييف أمر هام يتعلق بالنظام القانوني من حيث وحدته أو تعدده. فاللامركزية السياسية تقوم على أساس تعدد القوانين تبعاً لتعدد الدويلات أو الولايات الأعضاء في إطار الالتزام بالقوانين الاتحادية [1]، وبعبارة أخرى فإن هذه الدويلات أو تلك الإمارات يكون لها باعتبارها تنظيمات أصلية Institution originaire سلطاتها التأسيسية pouvoirs Constituants، وبالتالي تملك حق التشريع ابتداء في الأمور التي لا تدخل في اختصاص المشرع الاتحادي، ومن ثم تتعدد القوانين بتعدد الدويلات أو الإمارات أعضاء الاتحاد.

وبالعكس نجد في اللامركزية الإدارية وحدة القانون الذي يطبق على سائر أقاليم الدولة الموحدة، مهما تعددت الوحدات الإدارية المستقلة فيها من محافظات أو مقاطعات [2] ولا يكون لهذه الوحدات – عادة – قانون خاص بها.

---

(١) د. محمد كامل عبيد، السابق ص ٥٦١.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، السابق ص ٥٦، د. عبد الغني بسيوني، السابق ص ١٢٥.

ولا يرى بعض الفقه في وحدة القانون أو تعدده فارقاً بين اللامركزيتين على الدوام، فقد يمنح المشرع الدستوري في دولة بسيطة أو موحدة - إيطاليا مثلاً - الوحدات الإدارية (المناطق) سلطة التشريع في بعض المسائل التي تدخل في اختصاصها الإداري علاوة على أن لها سلطة لائحية بتفويض من المشرع. ومن ثم تتشابه اللامركزية الإدارية في إيطاليا مع اللامركزية السياسية في الاتحاد الفدرالي على نحو لا يسمح بالفصل بينهما [1].

بيد أن انعام النظر في هذا الرأي يؤدي إلى عدم التسليم به والموافقة عليه، ونقرر - مع غيرنا - [2] أنه لا يجب أخذ الأمور على عواهنها، بل يجب التفرقة بين أن يمنح المشرع الدستوري - في ظل اللامركزية الإدارية - للوحدات الإقليمية سلطة التشريع في أمور ذات طبيعة إدارية وهي حالات استثنائية، وبين أن تتمتع الولايات أو الدويلات باختصاص تشريعي شامل للمسائل ذات الطبيعة الإدارية وغير الإدارية، كما هو الحال في اللامركزية السياسية.

---

(١) د. عادل حمدي، الاتجاهات المعاصرة في نظم الإدارة المحلية، ذكره د. رمضان بطيخ.

(٢) د. رمضان بطيخ، السابق ص ٥٧ هامش ١.

الغصن الرابع
معيار المشاركة في تكوين الإرادة العامة للدولة

تقوم اللامركزية السياسية على أساس مشاركة الولايات الأعضاء في الاتحاد الفدرالي في تكوين الإرادة العامة للدولة الاتحادية، خاصة في مجال تعديل الدستور الاتحادي أو سن القوانين الاتحادية، من خلال ممثليها في مجلس الولايات الذي يتولى سن القوانين الاتحادية بالاشتراك مع مجلس النواب [١].

أما في اللامركزية الإدارية فإن الحال على عكس ذلك، إذ لا شأن للوحدات الإقليمية أو الهيئات اللامركزية المحلية (سواء في الدولة الموحدة أو في الدولة الاتحادية) بتكوين الإرادة التشريعية أو العامة للدولة [٢] التي تعبر عنها سلطة تشريعية واحدة بالنسبة لكافة أقاليم الدولة.

والسبب في ذلك يكمن في أن هذه الأقاليم اللامركزية لا تمارس إلا الاختصاصات التي سلمت بها الدولة لها صراحة، والتي يمكنها أن تسحبها أو تعدل نطاقها الإقليمي على نحو يسمح باختفاء وإندثار بعض هذه الهيئات اللامركزية [٣].

---

(١) د . عبد الغني بسيوني ، السابق ص ١٢٦ ، ولسيادته أيضا ، القانون الإداري ، السابق .

(٢) د. محمد بكر حسين السابق ص ٣٤٣، د. محمود سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص ١٩٥ .

(٣) BURDEU(G) : traité de science politique, 2 éme éd, T,II, l'etat, p. 332.

وترتيباً على ذلك تتميز اللامركزية السياسية عن اللامركزية الإدارية بتعدد البرلمانات. ويشدد البعض على هذا الفارق ويجعله معياراً حقيقياً للتفرقة بين الدولة الاتحادية والموحدة، إذ إنه بدون وجود سلطة تشريعية مستقلة يتولاها مجلس نيابي الولاية يتطرق الشك إلى الوصف الاتحادي للدولة، لتكون أقرب إلى الدولة البسيطة التي تتمتع أقاليمها باللامركزية الإدارية [1].

ونحن لا نسلم بهذا القول على إطلاقه فلاشك أن تطبيق اللامركزية السياسية يختلف بحسب ظروف كل دولة، ويتباين من مكان إلى مكان ومن عصر إلى عصر آخر حسب الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية السائدة.

(١) ويظهر بعض الفقه أهمية هذا المعيار بصورة كبيرة بقوله : " .... يمكن القول من ناحية بأنه يوم أن تختفي ظاهر التعدد هذه ويصبح في دولة الاتحاد برلمان واحد يوم أن تختفي أيضاً الدولة الاتحادية لتصبح دولة موحدة أو بسيطة ، ومن ناحية أخرى انه يوم أن تتعدد البرلمانات في الدولة البسيطة أو الموحدة بحيث يصبح لكل وحدة برلمانها الخاص بها يوم أن تتحول هذه الدولة إلى دولة اتحادية).
راجع في ذلك د. عثمان خليل عثمان ، اللامركزية ومجالس المديريات في مصر : دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ١٩٣٩ ، طبعة ١٩٤٨ ، ص ١٥.

الغصن الخامس
معيار الخضوع لرقابة السلطة العامة

في ظل اللامركزية السياسية تتمتع الولايات أو الإمارات في الدولة الاتحادية الفدرالية باختصاصات معينة محجوزة لها لا تشاركها أو تقاسمها فيها السلطات الاتحادية المركزية وإن كانت تملك فقط وضع الأسس والمباديء العامة التي تحكم مرحلة التنفيذ في الولايات [1] ولكنها لا تعقب عليها في أعمالها [2]، ولا تحل محلها فيها .

وبالتالي فإن السلطات الاتحادية لا تمارس أية رقابة أو وصاية [3] على مباشرة الولايات أو الإمارات لاختصاصاتها المانعة Compétences exclusive كأصل عام، ما لم ينص الدستور الاتحادي على خلاف ذلك كاستثناء لا يجوز التوسع

---

(١) د . طعيمة الجرف ، نظرية الدولة والمباديء العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم ، دار النهضة العربية ، د . ت ، ص ١٨٣ .

(٢) د. محمود عاطف البنا ، السابق ، ص ١٦٥ .

(٣) قارن في عكس ذلك د. محمد كامل عبيد ص ٥٦٣ ، د. رمضان بطيخ ، السابق ص ٥٧ ، وأستاذنا الدكتور ماجد الحلو حيث قال : " .... ففي هذه البلاد .... تحتفظ سلطة الدولة المركزية بقدر كاف من الرقابة والإشراف أو الوصاية السياسية على السلطات اللامركزية لضمان وحدة الدولة وسياستها العامة " راجع لسيادته، تنظم السلطة الإدارية والوظيفة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الإمارات العربي المتحدة ، ١٩٨٩ ص ٢٢ هامش ٦ .

فيه[1] . ومهما قيل عن تضاؤل الاختصاصات المانعة في الوقت الحاضر، فإن الاعتراف بها يعد أحد معالم اللامركزية السياسية . أما في اللامركزية الإدارية فإن الوحدات الإدارية تخضع في ممارستها لاختصاصاتها الإدارية التي يحددها القانون لرقابة أو وصاية إدارية، تباشرها عليها الحكومة المركزية وممثلوها [2]، ولا يمكن بحال أن يؤدي استقلال هذه الوحدات الإقليمية إلى منحها أية سلطة سياسية لتعارض ذلك دون أدنى شك مع صفة الدولة البسيطة أو الموحدة [3] .

والواقع أن هذا المعيار غير محدد ومنضبط إذا ما أخذنا في الحسبان ما رآه جانب من فقه القانون العام من أن نظام الوصاية موجود وقائم في ظل نظام اللامركزية السياسية المطبق في الدول الفدرالية .

ويرى أن "سلطة الدولة المركزية تحتفظ بقدر كاف من الرقابة والاشراف أو الوصاية السياسية على السلطات اللامركزية لضمان وحدة الدولة وسياستها العامة"[4] .

---

(١) د . محمود سامي جمال الدين ، السابق ص ١٩٥ .

(٢) د . محسن خليل ، النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية، السابق ص ٩٤، د. محمود عاطف البنا ، السابق ص ١٦٤، د . محمد بكر حسين ، السابق ص ٣٤١ .

(٣) DEMICHEL (A): le droit administraitif, paris, L.G.D.J.1978.p. 38.

(٤) د . ماجد الحلو ، السابق ص ٢٢ هامش ٦ .

بيد أن هذا الرأي لا يقدح في نظرنا في سلامة المعيار القائم وانضباطه كفارق جوهري بين اللامركزيتين .

ونقول للتدليل على ذلك : إن الرقابة القائمة في ظل اللامركزية السياسية تختلف عن الرقابة المعروفة في اللامركزية الإدارية (الوصاية) من نواح ثلاثة :

أ - من حيث النوع:

إذا تدبرنا مليّا نوع الرقابة لألفينا أن نطاقها أوسع في اللامركزية الإدارية عنه في السياسة ، حيث تمارس هذه الرقابة في اللامركزية الإدارية على : ١ - أعمال الهيئات اللامركزية ٢ - أشخاص الهيئات اللامركزية ٣ - مدى مشروعية أعمال الهيئات اللامركزية ٤ - مدى ملاءمتها ٥ - خضوعها لرقابة القضاء الإداري [١] في حين أن نطاق هذه الرقابة في اللامركزية السياسية يقتصر على : ١ - أعمال الولايات أو الإمارات الأعضاء في الاتحاد ٢- مشروعية هذه الأعمال ، أي مدى مطابقتها للقوانين الاتحادية ، ولا شأن لها بالملاءمة التي تمارس على أعمال الهيئات اللامركزية وإذا كانت بعض القوانين تقرر فعلاً الرقابة على الملاءمة في اللامركزية الإدارية ، إلا أن المفهوم الأصلي للامركزية الإدارية يجعل الرقابة المركزية مقصورة على مشروعية أعمالها دون ملاءمتها صونًا للاستقلال اللامركزي .

---

(١) C.E,27 Février 1970, sieur said Ali Tourqui, A.J.D. 1970, p. 210 ets.

ب - من حيث الكم:

إن الرقابة التي تباشرها السلطة المركزية في ظل اللامركزية الإدارية لا تتناول من الأعمال والاختصاصات التي تمارسها الوحدات الإقليمية إلا ماورد فيه نص صريح، وفي الأحوال التي يعينها النص، ووفقاً لما يرسمه من ضوابط وحدود. ولكنها لاتمنع من حلول السلطة المركزية في حلالات معينية محل الهيئة اللامركزية[1]، بخلاف الحال في اللامركزية السياسية حيث تتمتع الولايات بمباشرة بعض الاختصاصات بطريقة مانعة من الحلول وعلى سبيل الاستقلال عن دولة الاتحاد المركزي[2].

جـ - من حيث الكيف:

الرقابة في اللامركزية الإدارية رقابة أحادية، تكون من جانب واحد فقط هو الحكومة المركزية، أما في اللامركزية السياسية فإن الرقابة تكون مزدوجة أو تبادلية، تمارس من جانب الحكومة الاتحادية على الولايات أو الإمارات الأعضاء في الاتحاد من جهة ومن جانب هذه الولايات أو تلك الإمارات على السلطة الاتحادية من خلال هيئات محايدة Impartial أو قضائية كما هو الشأن في أمريكا ودولة الإمارات العربية المتحدة حيث تتولى المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات الفصل في المنازعات التي تثار بين الإمارات[3] وحكومة الاتحاد.

---

(١) د/ محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ١٩٩٢ص١٤٢ ومابعدها.

(٢) د. محمد عبيد، السابق، ص ٥٦٣.

(٣) د. رمضان محمد بطيخ، السابق ص ٥٨.

الغصن السادس
معيار التلازم مع الديمقراطية

يذهب غالب فقه القانون العام إلى أن اللامركزية الإدارية تحقق ديمقراطية الإدارة بإشراك المواطنين في إدارة الشئون الخاصة بإقليمهم، وأن وسيلتها لتحقيق ذلك هو الانتخاب الأمر الذي يعني تطور اللامركزية إلى الإدارة المحلية التي تقوم فكرتها على اللامركزية، بالإضافة إلى ديمقراطية الإدارة.

وبعبارة أخرى، فإن الإدارة المحلية مرحلة أكثر تقدماً من اللامركزية الإدارية.

أما اللامركزية السياسية، فلا تلازم بينها وبين الديمقراطية، إذ قد تأخذ بنظام في الحكم والإدارة بعيد عن الديمقراطية وبالتالي لا يعد الانتخاب أمراً لازماً[1] فيها بالنسبة لتشكيل السلطات الإدارية في الولايات الداخلة في الاتحاد الفدرالي.

والواقع أن اعتبار الانتخاب وسيلة لتحقيق أو عدم تحقيق الديمقراطية وجعله معياراً مميزاً للامركزية الإدارية عن السياسية هو أمر يصعب التسليم به على اطلاقه ويحتاج إلى إيضاح لغموض يعتريه.

وبيان ذلك أن مسألة اختيار أعضاء الوحدات الإقليمية بالانتخاب أو بالتعيين أو بالجمع بينهما هو أمر لا علاقة له البتة بالتمييز بين اللامركزية الإدارية واللامركزية

(١) د. محمود عاطف، السابق ص ١٦٥.

السياسية . فقد يتم اختيار ممثلي الهيئات الإقليمية بالانتخاب أو بالتعيين أو بالاثنين معاً دون أن يؤثر ذلك على قيام أو عدم قيام اللامركزية الإدارية . ونفس الشأن بالنسبة لاختيار أعضاء الهيئات الممثلة للولايات أو الامارات في اللامركزية السياسية ، فسواء جرى اختيارهم بالانتخاب أم بالتعيين فإننا نكون دائما أمام نظام فدرالي يقوم على اللامركزية السياسة .

وللتدليل على ذلك نأخذ مثلاً دولة الإمارات العربية المتحدة كنموذج لدولة فدرالية يُشكل فيها أعضاء الهيئات المحلية للإمارات (المجلس البلدية) بالتعيين ، ومع هذا لم يقل أحد إن هذه الدولة تحولت إلى دولة موحدة أو إن نظامها الإداري يعتمد على المركزية [1] .

ومرد ذلك أن الحكومة حريصة على تعيين أولئك الأعضاء من بين وجهاء القوم وأعيان القبائل والعائلات الذين ينالون ثقة أهل الإمارة ، علاوة على ما يتمتعون به من حكمة وروية وحنكة ورجاحة رأي ، كفلت قبول الناس لهم ورضاهم عن تمثيلهم بالتعيين . ولاشك أن هذه الطريقة تتناسب مع ظروف مجتمع الإمارات وتلقى قبولاً واستحساناً من المواطنين وعلى حد تعبير بعض الفقه ولو أجريت انتخابات بلدية لجاءت نتائجها بأولئك الممثلين للشخص الإقليمي ، لأن الأمر يكاد يتعلق بانتخابات ضمنية إذا جاز التعبير ، ومع تطور المجتمع في المستقبل وزيادة عدد ا لسكان ، قد

(١) د. رمضان بطيخ ، السابق ص ٥٩ .

تجري انتخابات تستكمل بها عناصر اللامركزية الإدارية [1] .

الغصن السابع
مدى الفارق بين اللامركزية السياسية والإدارية

في ضوء المعايير التي ذكرناها كفوارق أساسية بين كل من اللامركزيتين يثور التساؤل عن مدى الفارق والاختلاف القائم بين النظامين اللامركزيين، هل هو فارق في الطبيعة والجوهر أم فارق في المدى والدرجة [2] أو الكم والكيف ؟؟

شجر الخلاف بين فقهاء القانون العام وتنازعوا فيما بينهم، وانقسموا إلى فريقين :

الفريق الأول: الفارق في الدرجة والمدى:

ثلة من الأولين رأت أن الخلاف بين اللامركزية السياسية والإدارية هو خلاف في الدرجة والمدى، تأسيساً على أنهما مظهران لفكرة واحدة، هي فكرة توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية وهيئات إقليمية والفارق بينهما يكمن في مدى هذا التوزيع، وهل يقتصر على الوظيفة الإدارية فقط ؟ أم يتعداها إلى وظيفتي التشريع والقضاء ؟ وكذلك يكمن في درجة تطبيق عنصر اللامركزية، فهي واسعة المدى في السياسية وتكون على نطاق أضيق في الإدارية .

---

(١) أستاذنا الدكتور ماجد الحلو، تنظيم السلطة الإدارية ، السابق ص ٣٧ .

(٢) DE LAUBADERE -VENEZIA - GAUDEMENT Traité de droit administratif, 11 éme éd, T.I.1990, p. 105.

وقد استند أنصار[١] هذا الاتجاه في دعواهم (الدرجة والمدى) إلى ما يلي :

١ - إن الاستقلال الذي تتمتع به الولايات أو الامارات أو الدويلات في الإتحاد الفدرالي لا يختلف في طبيعته وجوهره عن ذلك الذي تتمتع به وحدات اللامركزية الإدارية في الدول الموحدة[٢] . وإن كان أبعد منه مدى .

فاللامركزية السياسية وفقاً لهذا الاتجاه لا تفعل شيئاً سوى أن تزيد درجة استقلال الهيئات اللامركزية بحيث تعد صورة متقدمة من اللامركزية الإدارية[٣] .

٢ - هناك وجه شبه وتماثل بين اللامركزيتين يتبلور في أن الدويلات أو الولايات والإمارات في الاتحاد الفدرالي من ناحية والوحدات الإدارية في اللامركزية الإدارية من جهة أخرى، تعتبر وحدات إقليمية مستقلة تمارس اختصاصات محددة. قد تتسع وقد تضيق - للدويلات ولوحدات اللامركزية الإدارية - داخل إطار قانوني يجمعها ويربط بينها[٤] .

---

(١) على رأس القائلين بهذا الاتجاه، الفقه الفرنسي القديم وبعض الفقه الإنجليزي، راجع في ذلك على سبيل المثال :

- H.KELSEN : General theory of law and state cambridge, 1949, p.310 et s.
- F.P.BENOIT, le droit administratif francais, dalloz , 1968, p. 132 et s.
- EISENANN, centralisation et Décentralisatin, paris, 1948, p. 20 et s.
- Le FUR, la théorie du droit naturel depuis le xvlle siécle et la doctrine moderne,T.II, 1927, p. 678 ets.
- PINOT,éléments de droit constitutionnel, 2 eme éd lille, 1952, p. 1927 et s.

(٢) د. محمد بكر حسين ، السابق ص ٣٣٩ ، د. محمد عبيد ، السابق ص ٥٦٠ .

(٣) د . محمود البنا ، السابق ص ١٦٢ .

(٤) المرجع السابق ص ١٦٣ ، د. محمد عبيد، السابق ص ٥٦١ .

الفريق الثاني: الفارق في الطبيعة والجوهر:

كثير من الآخرين من فقه القانون العام - ونحن معهم - لا يركن إلى رأي الفريق الأول ولا يعمل على مكانة أنصاره، ويرى أن الفارق بين اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية هو فارق في الطبيعة والجوهر، وهو الرأي الراجح في فقه القانون العام في فرنسا ومصر على السواء [1].

وخلاصة رأي هذا الفريق والذي نجتبيه، أن الفارق بين اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية فارق جوهري يتعلق بطبيعة نظامين مختلفين: [2] فاللامركزية

---

(١) راجع على سبيل المثال في الفقه الفرنسي:
- CARRE DE MALBERG: contribution á la théorie générale de l'etat, éd sirey, paris, 1921 et outre éd, photomécanique, C.N.R.S, 1962. T.I, p. 187 et s.
- DUGUIT (L): traité de droit constitutionnel, 3ème éd BOCCARD,paris , 1927 et autre éd, 1930, T, III, p. 74 et s.
- BURDEAU(G) traié de science politque, , op. cit, p. 563 et s.
- CHANTBOUT,droit constitutonnel et science politque,paris, economica, 1978, p. 296 et s.
- JEAN RIVERO: Droit administratif, dalloz, 1971,p. 293 et s.

وانظر في الفقه العربي:
د. طعيمه الجرف، نظرية الدولة، السابق ص١٩٦، د. محمد بكر حسين، السابق، ص٣٣٩، د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، السابق ص٧٨، د. محمود سامي جمال الدين، السابق ص١٩٣، ١٩٥، د. صلاح الدين فوزي، السابق، ص ٢٢١، د. زين بدر فراج، السابق ص٩٤، د. رمضان محمد بطيخ، الإدارة المحلية، مرجع سابق، ص٥٦، د. ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩ ص٨٨، د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٥ ص١٥٤، د. خالد قباني، السابق ص ٥٣، د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي في دولة الإمارات، السابق ص ٨ هامش (١).

(٢) د. سامي جمال الدين، السابق ص ١٩٣.

السياسية، أسلوب حكم، أما اللامركزية الإدارية فهي مجرد أسلوب إدارة [1].

ويرفض هذا الفريق التسليم بأن قصارى الفارق بينهما أنه فارق في الدرجة بين تطبيقين لنظام واحد أو داخل نظام واحد [2]. وفي ذلك يقول الدكتور عثمان خليل: إن اللامركزية السياسية تختلف عن اللامركزية الإدارية أصلاً وروحاً وتطوراً ووسيلة [3].

وبرهان هذا الفريق وحججه التي ساقها للتدليل على رأيه هي ذاتها المعايير التي ذكرناها من قبل للتفرقة بين اللامركزية السياسية واللامركزية الإدارية والتي أكدت أنهما غير صنون وهي في ذات الوقت، الحجج التي تشرح وجهة نظرنا في تأييد هذا الفريق ومناقشة أدلة الفريق الأول وعدم التسليم بها.

---

(١) M.WALIN;traité élémentaire de droit administratif, 6éme éd.p. 188 et s.

د. محسن خليل، النظام الدستوري لدولة الإمارت، السابق ص ٩٤.

(٢) د. محمود سامي جمال الدين، السابق ص ١٩٣، ١٩٥.

(٣) د. عثمان خليل، الإدارة العامة وتنظيمها ص١٨١، مشار إليه في د. محمود عاطف البنا، الوسيط، السابق ص ١٦٥.

الفصل الثالث
أساليب ومظاهر اللامركزية السياسية الدستورية في دولة الإمارات العربية المتحدة

تمهيد وتحديد:

بين الدول المركبة وبالذات الفدرالية منها، وبين اللامركزية السياسية، وشيجة قوية وعروة وثقى لا انفصام لها. ومرد ذلك إلى ما يتضمنه معنى الفدرالية من قيام عدة مراكز قانونية وسياسية يتمتع كل منها بميزات الدولة، إلى جانب مركز أساسي تربط بها بدرجات متفاوتة على حسب الأهداف التي أسس عليها الاتحاد وتعد هذه المراكز (الدول الأعضاء في الاتحاد) جزءاً من الكيان الدستوري للدولة، وبالتالي تعتبر جزءاً من التنظيم الدستوري لها، على أساس أنها كيانات دستورية - قائمة بذاتها، والأجهزة المركزية فيها، وتعد بمثابة الأجهزة المركزية للدولة وتتمتع باختصاصات الدولة الدستورية [1] على نحو ما هو وارد في دستور الاتحاد كمصدر للامركزية السياسية.

ووجود اختصاصات تنفرد الولايات أو الإمارات بمباشرتها، يستلزم ضرورة توزيع الاختصاصات في الدولة الاتحادية بين الحكومة المركزية والهيئات الإقليمية أو المحلية، حيث تعد هذه الظاهرة من سمات الدولة الاتحادية وإحدى العلامات البارزة

(١) د. خالد قباني، السابق ص ٥٣.

على قيامها [1]. فالعامل الأهم والمميز إذن في اللامركزية السياسية هو وجود أكثر من هيئة، داخل إطار الدولة الواحدة تتمتع باختصاصات دستورية، ينظم توزيعها وفقاً للظروف السياسية والدوافع المختلفة التي كانت وراء إنشاء الاتحاد [2].

وتعد عملية توزيع الاختصاصات والصلاحيات بين الدولة الاتحادية والدول الأعضاء من أكثر المشاكل والصعوبات الدستورية التي تعترض النظام الفدرالي في التوفيق والتوازن بين معادلة إقامة دولة واحدة تحمي القوة والسلطة اللازمة للاتحاد، وتتمتع بالاختصاصات الدستورية اللازمة لتمكينها من ذلك مع المحافظة - في الوقت ذاته - على متطلبات الاستقلال والحرية للإمارات المكونة للاتحاد، وإرضاء النزعة الطبيعية لديها للاحتفاظ بأكبر قدر ممكن من مظاهر السيادة ومن الاختصاصات التي تتمتع بها لرعاية مصالحها الأقليمية [3].

وإذا كان توزيع الاختصاصات يتميز بأهمية قصوى في كيان الدولة الفدرالية، على نحو يمكن القول معه بأنه : بدون هذا التوزيع لا يوجد اتحاد فدرالي، فإن ذلك وحده لا يكفي، وإنما لابد من وجود ضمانات للحفاظ على هذا التوزيع وضمان

(١) د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص ٨.

(٢) د. هادف العويس، السابق ص ٩١، د. خالد قباني، السابق ص ٥٣.

(٣) ناجي صادق شراب، دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة في السياسة والحكم، بدون طبعة وبدون تاريخ، مؤلف موجود بمكتبة زايد المركزية، ص ١٧٢.

استمراره وعدم الاخلال به، وهي ما يكفلها الدستور الاتحادي [1]، باعتباره إطاراً قانونياً لوضع سياسي معين، ويكون في مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية وهو ما يعرف بسمو الدستور.

ورغم قيام دولة ا لاتحاد الفدرالي، وزوال الشخصيات الدولية للإمارات أو الدويلات المكونة للاتحاد وانضوائها في شخصية دول الاتحاد، إلا أنها تظل مع ذلك كيانات ذاتية تتمتع داخل الاتحاد بنوع من الاستقلال والقدرة على تنظيم نفهسا بحرية وبإرادتها الخاصة، دون أن يفرض عليها ذلك من قبل الدولة الاتحادية [2].

وتتفاوت الدساتير الاتحادية في هذا الصدد، فالبعض يترك المجال رحباً أمام الولايات أو الإمارات لتنظيم نفسها دون قيود، كما هو الحال في دولة الإمارات العربية المتحدة، والبعض الآخر يفرض قيوداً على حرية الإمارات أو الولايات في تنظيم أمورهما الذاتية.

كما تتمتع الإمارات بذات الاستقلال في مواجهة مثيلاتها من الإمارات الأخرى، على نحو يؤكد أن احتفاظ الإمارات بأكبر قدر ممكن من الاستقلال والحكم الذاتي يعد ركناً أساسياً وجوهرياً للاتحاد الفدرالي، وإلا لأصبحنا أمام دولة

---

(١) د . هادف العويس ، المرجع السابق ص ٩٠ .

(٢) د. عمرو أحمد حسبو ، النظام الاتحادي في دولة الامارات العربية المتحدة ، دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء النظم الاتحادية المقارنة ١٩٩٥ ص ١٢١ ، د. عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية ، السابق ص ٩٧ .

موحدة أو بسيطة. وهو ما لا يؤيده أحد [1].

وبناء عليه فإن الولايات أو الإمارات تمارس جانباً من السيادة في نطاقها الجغرافي في حدود ما قرره لها الدستور من اختصاصات.

ومن ثم فإننا سنتناول في هذا الفصل دراسة الأفكار التي أوردناها في التمهيد من خلال عرضنا لها فيما يلي من تحديد:

المبحث الأول
الأساس الدستوري للامركزية السياسية وسموه

للامركزية السياسية أهمية كبرى في كيان الدولة الاتحادية، كأساس قانوني يقوم عليه الاتحاد الفدرالي، لتوزيع الصلاحيات بين الدولة المركزية والدول الأعضاء.

المطلب الأول
أهمية الأساس الدستوري

تبدو هذه الأهمية فيما تؤدي إليه اللامركزية السياسية – في الدولة الفدرالية طبعاً – من تداخل في الصلاحيات وتشابك في المصالح، وتكامل في الوجود القانوني والدستوري، ومشاركة في تسيير دفة الحكم في الدولة الاتحادية.

---

(١) د. عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي، السابق ص ١٠٣ و ١٠٤، وانظر أيضاً. د. عمرو حسبو، السابق ص ١٢١.

هذا التداخل وذلك التشابك والتكامل يجسدهم دستور اتحادي يوزع الاختصاصات ويضمن الوجود القانوني المستقل للإمارات أو الدويلات الأعضاء في الاتحاد، ويكفل مشاركتها في البنيان الدستوري للدولة، ومساهمتها في تكوين مؤسساتها السياسية، بل يوزع الأدوار على نحو يجمع نشاط كل منها في إطار قانوني محدد ومرسوم ويبلوره في مفهوم سياسي واجتماعي موحد يكون سبيلاً يهدي إلى تحقيق غايات الاتحاد الفدرالي.

وفي هذه الحالة، تنشأ عن الاتحاد دولة جديدة تسمو على سائر الدول الأعضاء، وتحكم العلاقة فيما بينها، قواعد القانون الدستوري الداخلي أو ما نسميه (باللامركزية السياسية الدستورية) ولا يماري أحد من فقه القانون العام في أن اللامركزية السياسية الدستورية هي أرقى وسيلة لتحقيق الفدرالية، وأقصى شكل تتخذه الدول في تدرجها نحو الوحدة لتوثيق الصلات والروابط القانونية فيما بينها[1].

ومن ثم فإن استخدامنا للامركزية السياسية سيكون منعوتاً بالأساس الدستوري لها، ليظهر المصطلح كاملاً فيما نطلق عليه "اللامركزية السياسية الدستورية" وواضح من التسمية أن الأساس الذي تقوم عليه اللامركزية السياسية هو الدستور، وهو عمل قانوني داخلي تحكمه قواعد القانون العام الداخلي. ومن ثم تتميز

(١) د. خالد قباني، السابق ص ١٢٩ و ١٤٩.

اللامركزية السياسية الدستورية بأساسها المختلف عن اللامركزية القائمة على عمل قانوني خارجي (معاهدة أو ميثاق) وتحكمها قواعد القانون العام الخارجي [1].

وترتيباً على هذا التحديد لأساس اللامركزية السياسية، فإننا نود أن نسبغ وصف الدستورية على كل ما ذكرناه من قبل في استخدامنا لعبارة اللامركزية السياسية، ونستأذن القارىء الكريم في أخذ هذا النعت في الحسبان عند تناوله لكلمة اللامركزية السياسية الدستورية من بعد.

والواقع أن الفكرة الدستورية ذات الطبيعة القانونية الخالصة لا يمكن تناولها بغير المزج الضروري بينها وبين الفكرة السياسية، التي تتناول القانون باعتباره ثمرة أوضاع اجتماعية وسياسية عديدة لجماعة من الجماعات [2] وهو ما ينادي به، المذهب الموضوعي أو الوظيفي في دراسة النظام الدستوري والذي يقوم على أساس تجنب محاولات عزل النظام الدستوري عن إطاره السياسي والإجتماعي. بل إن القانون الدستوري هو الوصف القانوني الدقيق للعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في بلد ما وفي وقت معين. ومن ثم فإن الصلة تبدو قوية بين الأساس الدستوري و اللامركزية السياسية، وليس من المرغوب فيه من الناحية العملية إحداث تفرقة

(١) د . خالد قباني، المرجع السابق، ص ١١٥، ١٢٩.

(٢) د . شمس مرغني علي، الوجيز في القانون الدستوري وأسس النظام الدستوري في الإمارات العربية المتحدة، مكتب القدس، العين، بدون تاريخ ص ٢٥، د. أحمد كمال أبو المجد، السابق ص ٦ ومؤلفنا، النظم السياسية في ضوء الشريعة الإسلامية، السابق ص ٧.

بينهما، فالنظرة القانونية المجردة تمتد إلى الواقع السياسي العملي، وإن كان ثمة تفاوت بينهما فهو أشبه بالتفاوت بين القانون والواقع [1].

بيد أنه ينقلب إلى مزج بينهما وفقاً لمضمون المذهب الموضوعي في دراسة النظام الدستوري كما أسلفنا منذ قليل.

والخلاصة أن الدولة الاتحادية الفدرالية تتميز بمعيار شكلي، مقتضاه، أن تكون لا مركزية الدولة قد تحددت في الدستور [2].

المطلب الثاني
سمو الأساس الدستوري

النتيجة المنطقية لاستناد اللامركزية السياسية إلى الدستور الرسمي للدولة الاتحادية، هي أن هذا الدستور يعتبر من الناحيتين القانونية والسياسية في مرتبة أعلى من القوانين العادية، وهذا العلو هو ما يعبر عنه في العادة بسمو الدستور [3].

ويقصد بسمو الدستور أن يكون للقواعد الدستورية مكان الصدارة في البينان القانوني للدولة، بحيث تعلو على ما عداها من قواعد قانونية، مما يستوجب تمتعها

---

(١) د . أحمد كمال أبو المجد السابق ص ٥، د. شمس مرغني، السابق ص ٢٥، ومؤلفنا، السابق، ص ٧.

(٢) د. محمد بكر حسين، السابق ص ١٣٩.

(٣) د. أحمد كمال أبو المجد، السابق ص ٢١.

بمركز الصدارة في النظام القانوني في الدولة، فالدستور هو رأس الهرم القانوني العام في الدولة ومركزه العصبي [١].

ويجري الفقه الدستوري على تقسيم السمو إلى قسمين:

أ - سمو موضوعي Suprematie materielle يتعلق بموضوع النصوص الدستورية من حيث مادتها ومضمونها ومحتواها وطبيعتها وجوهرها [٢].

ب - سمو شكلي Suprematie formelle، يحدد مرتبة القاعدة القانونية وقوتها، تبعاً للجهة التي تصدرها والإجراءات المتبعة في تعديلها. ومن هذه الناحية يعني مبدأ سمو الدستور، أن الدستور يحتل المرتبة الأولى والأعلى في تدرج القواعد القانونية في الدولة نظراً لعلو السلطة التي تضعه والإجراءات الخاصة والأكثر تعقيداً في تعديله عن القوانين العادية [٣].

وإذا كان الدستور الاتحادي الذي يمثل أساساً دستورياً للامركزية السياسية، يجب أن يتميز بالسمو على كل دساتير الولايات أو الإمارات الداخلة في الاتحاد،

---

(١) أستاذنا الدكتور. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون تاريخ ص ١١٥.

(٢) والسمو الموضوعي بهذا المضمون تتسم به جميع الدساتير في العالم، لا فرق في ذلك بين الدستور المكتوب أو العرفي ولا بين الدستور المرن أو الجامد، راجع في ذلك د. رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٥/١٩٩٦ ص ٣٢٩، د. محمد كامل عبيد، نظم الحكم ودستور الإمارات، مطبوعات كلية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ١٤١٨-١٩٩٧، ص ١٥٤.

(٣) أستاذنا الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، السابق ص ١١٨، د. محمد كامل عبيد، نظم الحكم، السابق ص ١٥٤.

كما يجب - من ناحية ثانية - أن يكون مدونا في الجزء الخاص بوسائل تحقيق اللامركزية السياسية (توزيع الاختصاصات) وأن يتصف هذا الجزء بالسمو على دساتير الولايات، ومن باب أولى على قوانينها المحلية [1]، فهل توافر مثل هذا السمو لدستور دولة الإمارات العربية المتحدة ؟

إن قراءة نصوص الدستور الدائم لدولة الإمارات العربية المتحدة يبين منها بجلاء أن الدستور قد قرر صراحة، السمو الموضوعي بين الدستور الاتحادي ودساتير الإمارات في المادة ١٥١ منه والتي نصت على أنه : (لأحكام هذا الدستور السيادة على دساتير الإمارات الأعضاء في الاتحاد).

كما قرر السمو الشكلي بين الدستور الاتحادي والقوانين الاتحادية، والذي يستلزم علو القوانين الاتحادية على القوانين المحلية [2] بقوله في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ (. . . وللقوانين الاتحادية التي تصدر وفقاً لأحكامه الأولوية على التشريعات والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات).

وإذا كان السمو الشكلي للدستور يؤدي إلى نتيجة ملازمة له هي، عدم جواز مخالفة القوانين العادية للنصوص الدستورية والتي يعبر عنها بمبدأ تدرج القواعد القانونية والذي وفقا له تتقيد القواعد الأدنى باحترام القواعد الأعلى في السلم

(١) د. هادف العويس ، السابق ، ص ٨٨.

(٢) د. شمس مرغني علي ، السابق ص ١٠٢ ، د. ناجي شراب ، السابق ص ١٧٧ .

القانوني [1]، فإن ذات النتيجة مقررة صراحة في دستور دولة الإمارات.

وتستفاد هذه النتيجة، من الفقرة الثالثة من ذات المادة والتي ورد بها (. . . وفي حال التعارض، يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض، وعند الخلاف يعرض الأمر على المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه) [2].

وبالبناء على ما تقدم فإن القانون العادي وهو أدنى مرتبة من النص الدستوري - كما هو عليه الحال في دستور دولة الإمارات - لا يصح له أن يخالف نصاً دستورياً، وإلا طعن فيه أمام المحكمة الاتحادية العليا والتي أناط بها الدستور مهمة البحث في دستورية التشريعات الصادرة عن إحدى الإمارات إذا ما طعن فيها من قبل إحدى السلطات الاتحادية لمخالفتها للدستور الاتحادي أو للقوانين الاتحادية وفقاً لنص المادة ٩٩ من دستور الامارات وهي ما يعرف بالرقابة على دستورية القوانين [3].

---

(١) د. رمضان محمد بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري، السابق ص ٣٣٤، وأستاذنا الدكتور محمد رفعت عبدالوهاب، القانون الدستوري، السابق ص ١٢٣.

(٢) مادة ١٥١ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، النسخة الموجود بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات ص ٥٠.

(٣) د. أحمد كمال أبو المجد، السابق ص ٢١.

المبحث الثاني
وسائل تحقيق اللامركزية السياسية الدستورية

طرح المشكلة:

لم نك في مرية من من أن الشكل الاتحادي للدولة الفيدرالية هو أبرز معالم نظامها الدستوري، وأنه - علاوة على ذلك - أكثرها إثارة للمشاكل والصعوبات الدستورية الناجمة عن محاولات التوفيق بين طرفي المعادلة التي ينهض على أساسها بناء كل نظام اتحادي، وهي معادلة إقامة دولة واحدة تحمي المصالح العامة لشعب الاتحاد، وتتمتع - لهذا - بالاختصاصات الدستورية اللازمة لتمكينها من تحقيق هذه الحماية، مع المحافظة - في نفس الوقت - على الكيان الذاتي والمصالح المحلية للولايات أو الإمارات إرضاء لرغبة شعبها وحكامها في الاحتفاظ بأكبر قدر من الاختصاصات الدستورية التي تكفل لها رعاية مصالحها المحلية المتميزة [(١)]، تحقيقا للامركزية السياسية الدستورية. ومن ثم فإن وجود اختصاصات تنفرد الولايات بمباشرتها، يعني ضرورة توزيع الاختصاصات في الدولة الاتحادية بين الحكومة المركزية والولايات الإقليمية [(٢)]، حيث تحظي هذه الظاهرة بأهمية قصوى في كون النظام الاتحادي فدرالياً. ويلي هذه الظاهرة في الأهمية ضرورة وجود ضمانات تكفل الحفاظ على هذا التوزيع لتوفيه الولايات أو الإمارات نصيبها من

---

(١) المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص ٨.

الاختصاصات غير منقوص، ولئلا يفتئت عليها اتجاه تقوية السلطة بيد الاتحاد [1].

يبين من ذلك أن المشكلة الدستورية الرئيسية في دول الاتحاد الفدرالي هي مشكلة تحديد مظاهر اللامركزية السياسية التي تنفرد بها الولايات أو الإمارات، وهي في شكلها القانوني، مشكلة تحديد وتوزيع الاختصاصات بين مؤسسات الحكم في الولايات أو الإمارات [2] حتى لا يحدث تعارض بينها يؤدي إلى إثارة مشاكل قد تنعكس بآثار سلبية على الكيان الاتحادي في مجمله[3].

فما هي وسائل تحقيق اللامركزية السياسية عموماً ؟ وبصيغة أخرى ماهي طرق توزيع الاختصاصات ؟ وما هو منهج دستور الإمارات في حل هذه المشكلة خصوصاً؟ هذا ما سنتناوله بالدراسة - إن شاء الله - في المطلبين التاليين :

(١) د. هادف العويس، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) د. أحمد كمال أبو المجد، السابق ص ٣٨.

(٣) د. رمضان محمد بطيخ، تطور الفكر السياسي والدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤسسة العين للإعلان والتوزيع والنشر، بدون تاريخ ص ١٠٧.

المطلب الأول
أساليب توزيع الاختصاصات
(تحقيق اللامركزية السياسية الدستورية)

لا جرم أن تعد عملية توزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الإمارات أو الولايات الأعضاء في الاتحاد، من أدق الأمور التي تلازم الاتحاد الفدرالي الدستوري، إذ بدون توزيع للاختصاصات لا يوجد اتحاد فدرالي [1]. وإذا كانت القاعدة العامة أن تتولى الوثيقة الدستورية التي يقوم عليها الاتحاد، عملية التوزيع لتظهرها في شكل قانوني [2]، إلا أنه من الواجب عدم الوقوف عند حد الاعتبارات القانونية المجردة أو البحتة، وإنما يؤخذ في الحسبان، الحقيقة التي لم تعد موضع مجادلة ولا عتو في ميدان الدراسات الاجتماعية وهي حقيقة، مراعاة الظروف السياسية والاجتماعية والاعتبارات التاريخية التي أحاطت بنشأة الاتحاد ووضع دستوره، ومدى التأثير المتبادل بينها في توزيع الاختصاصات وتطبيقه بعد إنشاء الاتحاد [3].

---

(١) د. هادف العويس، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) د. طعيمه الجرف، نظرية الدولة، السابق ص ١٨٢.

(٣) في نفس المعنى د. اسماعيل الغزال، القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٧، د. أحمد أبو المجد، السابق ص ٣ د. هادف العويس، السابق ص ١٣٣.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن كيفية توزيع الاختصاصات أو وسائلها ترتبط - إلى حد كبير - بالكيفية التي قامت بها دولة الاتحاد ذاتها. فالدول الاتحادية التي نشأت نتيجة انضمام عدة دول مستقلة إلى بعضها، يقوى فيها الاتجاه إلى التوسيع من اختصاصات الدول أو الإمارات الداخلة في الاتحاد، كنتيجة لحرصها على استقلالها الذاتي (اللامركزية السياسية) وعدم التنازل إلا عن القدر الضروري من سيادتها واللازم لقيام الاتحاد، في حين تحتفظ الولايات أو الإمارات بالسيادة وممارسة السلطة في بقية الأمور [١].

وعلى العكس من ذلك يكون الحال بالنسبة للدول الاتحادية التي تنشأ نتيجة تفكك دولة بسيطة أو موحدة إلى عدة دويلات مع رغبتها في الارتباط معاً، إذ يقوى فيها الاتجاه إلى توسيع اختصاصات الحكومة المركزية لدولة الاتحاد على حساب اختصاصات الدويلات أو الإمارات، بحكم أن الدولة الموحدة كانت تجمع في يدها كل السلطات قبل تفككها وتحولها إلى اتحاد فدرالي [٢].

---

(١) راجع في ذلك د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية، المرجع السابق، ص ١٢٢، د. طعيمة الجرف، السابق، ص ٦٨٢، د. هاذف العويس، السابق ص ١٣٣، د. محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٧ ص ١٨، ويذكر أمثلة للدول الاتحادية التي نشأت نتيجة انضمام دول مستقلة لبعضها بدول، سويسرا واستراليا وكندا وألمانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، والإمارات العربية المتحدة.
وانظر على سبيل المثال في الفقه الفرنسي:
BURDEAU(G) : Traite´de science politque, T.II. 2éme éd, paris, 1967, p. 513 et s.

(٢) ومرد ذلك إلى أن الحكومة المركزية هي التي تتولى إعداد الدستور، وطبيعي أن تحاول الاحتفاظ بأكبر قدر من السلطات تمكنها من السيطرة على الولايات المزمع تكوينها، بخلاف الدول التي تكون مستقلة تماماً عند إنشاء الدولة الاتحادية. راجع في ذلك، د. محمد بكر حسين، السابق، ص ٢٩١ هامش (١) وراجع أيضا د. محمد فتوح عثمان، =

ومجمل القول : أن عملية توزيع الاختصاصات كوسائل أو أساليب لتحقيق اللامركزية السياسية الدستورية ، المتعلقة بكيان الدولة الاتحادية والولايات أو الإمارات الأعضاء ، إنما هي مسألة د ستورية تنظم وفقاً للظروف السياسية والدوافع المتباينة التي كانت وراء نشأة الاتحاد الفدرالي .

وأياً ما كان الأمر فإن الأساليب التي أخذت بها الدساتير الاتحادية أو الوسائل التي انتهجتها في هذا الصدد ، يميز علماء القانون الدستوري [1] في شأنها بين ثلاثة أساليب يمكن حصرها في دراستنا لها كل في فرع مستقل على النحو التالي : -

= رئيس الدولة ، السابق ، ص ١٩ ويذكر أمثلة للدول الموحدة التي تفككت لقيام دولة فدرالية ، بدول البرازيل التي كانت دولة موحدة ثم تحولت إلى دولة فدرالية ١٨٥٧ ، والمكسيك والأرجنتين والنمسا ، وانظر أيضا د. عمرو حسبو ، السابق ص ١٣٣ ، د. اسماعيل الغزال ، السابق ص ٧٤ ، د. هادف العويس ، السابق ص ١٣٣ ، د. طعيمه الجرف ، السابق ص ١٨٢ .

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال في الفقه الفرنسي :

- BURDEAU : Traité de science . politques, op. cit, p. 434 et s.
- PINTO (R):éléments de droit constitutionnel, 1052, p. 116.
- DUVERGER(M) : institutions politiques 1968, p. 242.
- HAURIO (A) : droit constitutionnel et institutions politques, 1972, T.1.p.493.
  DURAND (CH): Confédération d'etats fédéral, réalisations acquises et perspectives nouvelles,paris , 1955,p. 44 et s.

وفي الفقه الغربي :
د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية (الدولة والحكومة) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٧١ ، ص ١٣٠ وما بعدها ، د. . عمرو بركات ، النظم السياسية ١٩٩١/ ١٩٩٢ ، د . صلاح الدين فوزي ، الأنظمة السياسية وتطبيقاتها المعاصرة ، الطبعة الأولى ١٩٨٥ ص٢٣٦ . د. سليمان محمد الطماوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٨٨ ص ٤٥ ، د. عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي ، السابق ، ص١٥٩ ، د. محمود عاطف البنا ، الوسيط في النظم السياسية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ١٩٨٨ ص ١٣٧ وما بعدها د. رقية المصدق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء المغرب ، الطبعة الثانية ١٩٩٠ ص ٦٢ .

الفرع الأول
الأسلوب الأول: حصر اختصاصات كل من الحكومة المركزية (دولة الاتحاد) وحكومة الولايات

يقوم هذا الأسلوب على أساس أن الدستور الاتحادي يحدد على سبيل الحصر والتحديد، الموضوعات التي تدخل في اختصاص الحكومة الاتحادية من جهة وتلك التي تدخل في اختصاصات حكومات الولايات من جهة أخرى، بأن ينص على كل كل منها في شكل قوائم تتضمن تعداداً حصرياً بالاختصاصات لا يقبل زيادة أو نقصان.

ولم يسلم هذا الأسلوب من النقد، فقد أخذ عليه أنه لا يمكن أن يكون شاملاً مهما كان دقيقاً ومفصلاً، وسبب ذلك أن المشرع الدستوري مهما تصور من مسائل لا يمكن أن يحيط أو يلم بكافة المسائل التي يمكن أن تطرأ في المستقبل عند التطبيق ونتيجة لتطور الظروف والأحوال، الأمر الذي سوف يفرض بالضرورة كثرة تدخل المشرع الدستوري لإجراء تعديلات كلما عرضت مسائل جديدة لم تتضمنها أحكام الدستور، وبالتالي يثور الخلاف حول جهة الاختصاص بممارستها [(1)].

ولذلك فإن هذا الأسلوب لا يحل مشكلة التوزيع بشكل عملي وعلى نحو

(١) د. عمرو حسبو، السابق ص ١٣٤، د. محمد عبيد، نظم الحكم، السابق، ص ٤٢٢، ومؤلفنا، النظم السياسية، المرجع السابق، ص ١٣٧.

نهائي ولذا لا يجد طريقاً للتطبيق [1]. ومن جهة ثانية، فإن هذا الأسلوب يستلزم دخول الدستور في تفصيل الاختصاصات وفي هذا منافاة لطبيعته التي تقتصر على بيان المبادىء والأسس العامة فقط للدولة [2].

الفرع الثاني
الأسلوب الثاني : تحديد اختصاصات الولايات علي سبيل الخصر

ومفاد هذا الأسلوب، أن يحدد الدستور الاتحادي على سبيل الحصر اختصاصات الولايات ويترك ما عدا ذلك لاختصاص الحكومة الاتحادية.

ويترتب على ذلك أن يصبح اختصاص حكومة الاتحاد هو الاختصاص العام والشامل أو القاعدة العامة، بينما يكون اختصاص حكومات الدويلات أو الولايات هو الاستثناء [3].

---

(١) د. محسن خليل، النظام الدستوري، السابق ص٩٢، د. شمس مرغني، الوجيز في القانون الدستوري وأسس النظام الدستوري في الإمارات العربية المتحدة، مكتبة القدس، العين، ص٣١٩.

(٢) أستاذنا الدكتور . ماجد الحلو، أنظمة الحكم ، السابق ص ١١٦ ، د. عبد الغني بسيوني.

(٣) د/ زهير شكر ، الوسيط في القانون الدتسوري والمؤسسات السياسية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م ص٧٠، د/ عمرو حسبو، السابق ص١٣٥ ، د/ محمد عبيد ، نظم الحكم ، السابق ص٤٢٣ ، د/ شمس المرغني ، السابق ص٣٢٠.

وطبيعي أن يؤدي هذا الأسلوب إلى توسيع اختصاصات الحكومة الاتحادية، ليتناول كل الأمور التي لم تحدد بدقة في اختصاصات الولايات، وبالمقابل تكون اختصاصات الولايات ضيقة.

ومن شأن هذا الأسلوب تقوية سلطة الدولة الفيدرالية وغلبة مظاهر النزعة الوحدوية بين الإمارات أو الولايات الأعضاء.

ومع مرور الزمن قد يؤدي تقوية الاتحاد وزيادة سلطاته إلى سهولة تحول الدولة الاتحادية إلى دولة موحدة[1].

ومن الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب الدستور الكندي [2] ودستور الهند وفنزويلا (دستور ١٩٥٣)[3].

وأخيراً فإن هذا الأسلوب لا يلقى هو الأخر قبولاً لدى معظم الدول الاتحادية، إذ ترى أنه يوسع من اختصاصات الحكومة المركزية أو الدولة الاتحادية على حساب اختصاص الولايات، فكل ما يستجد في المجتمع من تطورات وتغييراً سيكون تنظيمه

(١) د/ اسماعيل الغزال، القانون الدستوري والنظم السياسية، السابق ص٧٥، د/ رمضان بطيخ، تطور الفكر السياسي، السابق ص١٠٨.

(٢) المقصود به، الدستور الكندي، الصادر عام ١٨٦٧ باسم British north america act والذي عدل عام ١٩٥١، د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٤٤.

(٣) د/ عمرو حسبو، السابق ص١٣٥، د/ عبد الغني بسيوني، السابق ص١٢٣.

حتما من اختصاص الحكومة الاتحادية أو المركزية[1] .

الفرع الثالث

الأسلوب الثالث: تحديد اختصاصات دولة الاتحاد على سبيل الحصر

مـؤدى هذا الأسلوب أن يحـدد الدسـتـور الاتحـادي على سـبـيل الحـصـر ، اختصاصات الحكومة المركزية ويوردها بدقة وتحديد في قائمة . ويطلق عليها حينئذ أنها حكومة ذات اختصاص حصري أو مجرد Government of enumerated powers ويترك ما عداها لاختصاص حكومات الولايات أو الإمارات أو الدويلات وتصير بذلك صاحبة الاختصاص العام أو المتبقي[2] .

ومفاد ذلك أن هذا الأسلوب يأتي على عكس سابقه ، إذ يقضي الاسلوب الثالث بجعل اختصاصات حكومات الولايات بمثابة القاعدة أو الأصل العام، بينما تكون الحكومة الاتحادية صاحبة اختصاص استثنائي ومحدد بأمور بعينها[3] .

---

(١) د/ محمد نصر مهنا ، علم السياسة ، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ، بدون تاريخ ص٣١٢ .

(٢) د/ أحمد كمال أبو المجد ، السابق ص٤٤ .

(٣) د/ رمضان بطيخ ، السابق ص١٠٨ ، د/ شمس مرغني ص٣١٩، د/ ماجد الحلو ، أنظمة الحكم السابق ص١١٥ ، د/ خالد قباني ، السابق ص١٤١ .

ولا ريب أن اتباع مثل هذا النهج في تحديد الاختصاص يتضمن تغليبا لمظاهر استقلال الولايات تجاه سلطات الاتحاد[1]، ويعكس حرصها على استقلالها ودعم كياناتها الذاتية وتأكيد سيادتها الداخلية، وهو ما يتجسد في اللامركزية السياسية الدستورية التي تكفل للولايات النصيب الأوفر من الاختصاصات في أدارة شؤونها الداخلية[2].

مميزات هذا الأسلوب :

يمتاز أسلوب اللامركزية في توزيع الاختصاصات بالعديد من المزايا التي يمكن اجمالها فيما يلي :-

أ- يحقق هذا الأسلوب، الاستقلال الذاتي للولايات، وهو أحد الشروط اللازمة لقيام الاتحاد الفدرالي.

ب- يكفل للولايات سهولة الوقوف على احتياجات شعوبها، ذات الصفة المحلية أو الطابع الاقليمي والعمل على تلبية هذه الاحتياجات بسرعة وسهولة.

ج- يمكن السلطات الاقليمية من التعرف على الأزمات داخل الولايات أو الإمارات بسرعة وسهولة، وبالتالي التصدي لها والقضاء عليها.

---

(١) د/ محمد بكر حسين، السابق ص٢٩٣.

(٢) د/ طعيمة الجرف، السابق ص١٨٣، د/ اسماعيل الغزال، السابق ص٧٥، د/ محمد عبيد، نظم الحكم، ودستور الإمارات، السابق ص٤٢٣، ناجي صادق شراب، دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة في السياسة والحكم، السابق ص١٧٦.

د- خفض النفقات الاتحادية، نتيجة تحديد اختصاصات الحكومة المركزية الاتحادية.

هـ- تخفيض العبء وتقليل التكاليف المادية عن الحكومة الاتحادية، على نحو يسمح لها بالتفرغ للمسائل ذات الطابع القومي العام المشترك للدولة الإتحادية مثل الشئون الخارجية والدفاع وغيرها[1].

ويلاحظ أن هذا الأسلوب هو الأكثر شيوعاً في معظم دساتير الاتحادات الفيدرالية التي تنشأ نتيجة انضمام عدة دول مستقلة إلى بعضها، وهو الأسلوب الأسهل تطبيقا والذي أثبت فاعليته وجدواه على غيره من الأساليب[2]

ومن الدول التي أخذت به، الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السويسري والمكسيك والأرجنتين واستراليا والاتحاد السوفيتي (سابقا) واستراليا.[3]

وقد يتبادر من النظرة الأولى أن هذا الاسلوب يضعف إلى حد ما من سلطة الاتحاد، ولكن النظرة الصحيحة التي تبدد هذا الضعف، هى التي لا تجعلنا بمعزل عن الحقيقة الجوهرية التي فرضها الواقع العملي لتجعل من الاتحاد الفدرالي اتحاداً مكيناً ومتيناً.

---

(١) راجع في ذلك د/ محمد بكر حسين، الاتحاد الفدرالي، سابق الإشارة إلية ص٣٠٣.

(٢) د/ خالد قباني، السابق ص١٤١.

(٣) د/ محمد فتوح عثمان، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي، السابق ص٣٢، د/ رمضان بطيخ، تطور الفكر السياسي، السابق ص٤٢٤، د/ عبد الغني بسيوني، السابق ص١٢٣، ومؤلفنا، النظم السياسية، المرجع السابق ص١٣٨، د/ شمس مرغني، السابق ص٣١٩.

فالحقيقة أن الشعوب عندما تختار شكلا من أشكال الاتحاد، فإنها لا تمارس عملية اختيار نظري بحت، كما أنها لا تقيد نفسها بمعالم احدى القوالب، التي هى في الواقع تجريدات فقهية تحاول تفسير الواقع دون أن تحيطه بأغلال[(١)].

ومن جهة ثانية فإن اختيار القاعدة العامة في التوزيع له صلة قوية بتطور تطبيق هذا التوزيع بعد انشاء الاتحاد[(٢)]، وهو ما أكدته التجارب العملية ومشاكل العصر المتزايدة التي دفعت الحكومات إلى التوسع في اختصاصات الحكومة الاتحادية وجعلها هى الأصل من خلال التفسير الموسع للنصوص[(٣)]، وهو ما حدث في أمريكا على وجه الخصوص، بينما أدى توسع القضاء الكندي في تفسير الاختصاصات الحصرية للولايات إلى خلق لامركزية سياسية أبعد مدى بكثير مما ورد في نصوص الدستور[(٤)].

ومن ناحية ثالثة، فإن الاتجاه الحديث يهدف إلى تقوية سلطة الدولة المركزية على حساب اختصاصات الدول الأعضاء في الاتحاد، لأن المجتمع الدولي اليوم أصبح مجتمع الكيانات القوية المتحدة وليس مجتمع الكيانات الضعيفة أو المتفرقة[(٥)].

(١) د/ أحمد كمال أبو المجد، السابق ص٣٨.

(٢) د/ هادف العويس، السابق ص١٣٣.

(٣) د/ ماجد راغب الحلو، السابق ص١١٥، د/ عبد الغني بسيوني، السابق، ص١٢٣.

(٤) د/ أحمد أبو المجد، السابق، ص٤٥.

(٥) د/ شمس مرغني، السابق ص٣١٩.

المطلب الثاني
أسلوب دستور دولة الإمارات العربية في تحقيق اللامركزية السياسية

إن استقراء نصوص الباب السابع من الدستور الدائم لدولة الإمارات، والمتعلقة بتوزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية بين الاتحاد والإمارات، يدل بوضوح على أن هذا الدستور قد اعتنق الأسلوب الثالث من أساليب تحقيق اللامركزية السياسية (توزيع الاختصاصات) والذي يقضي بتحديد اختصاصات دولة الاتحاد على سبيل الحصر، وترك ما عداها للسلطات المحلية في الإمارات أعضاء الاتحاد[1].

ولا ريب أن هذا يدل على تمتع الامارات بكل الاختصاصات التي لم ينص الدستور على أن المختص بها هو الاتحاد. وبعبارة أخرى فإن القاعدة العامة لتحقيق اللامركزية السياسية هي : أن الولايات صاحبة اختصاص عام وغير مقيد، بينما الإتحاد له اختصاص محصور ومحدد.

ويتضح هذا الأسلوب بصورة جلية منذ بداية الدستور حيث نصت المادتان، الثانية والثالثة منه على النطاقين : الوظيفي والإقليمي لسلطتي كل من الاتحاد والإمارات.

---

(١) د/ محمد كامل عبيد، نظم الحكم، السابق ص٤٢٤.

ففي النطاق الوظيفي الذي يحدد الموضوعات التي يختص بها الاتحاد[1] نصت المادة الثانية على أنها (. . . الشؤون الموكولة إليه بمقتضى أحكام هذا الدستور) .

أما فيما يتعلق بالموضوعات التي تختص بها السلطات المحلية في الإمارات فقد حددتها المادة الثالثة من الدستور بأنها (. . . جميع الشؤون التي لا يختص بها الاتحاد بمقتضى أحكام هذا الدستور) .

وانعام النظر في هاتين المادتين يبين بجلاء أن اختصاص الاتحاد اختصاص محصور ، بينما اختصاص الإمارات غير محصور .

وبالنسبة للنطاق الإقليمي فقد ورد تحديده في المادتين السالفتين كذلك ، فقد ورد النص على تحديد النطاق الجغرافي للاتحاد في المادة الثانية بأنه (. . جميع الأراضي والمياه الاقليمية الواقعة داخل الحدود الدولية للإمارات الأعضاء) .

أما بالنسبة للنطاق الإقليمي أو الجغرافي للإمارات فقد حددته المادة الثالثة بأنه (. . . أراضيها ومياهها الاقليمية . .)[2] .

وبهذا النص صارت الإمارات وحدات دستورية داخل الدولة الاتحادية تمارس على أقاليمها بعض مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية ، فيما لا يتعارض مع

(١) د/ هادف راشد العويس ، المرجع السابق ص١٣٢ , ١٣٥ .

(٢) المادة الثانية والمادة الثالثة من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

مركزية سيادة دولة الاتحاد[1] .

ولم يقف الدستور عند حد النصوص غير المتشابهة والتي ذكرناها، وإنما اكد الأسلوب الذي اختطه لتحقيق اللامركزية الدستورية بنصين متشابهين أيضاً يكاد أحدهما يغني عن الآخر[2] .

النص الأول ما ورد في المادة ١١٦ من الدستور والتي قررت أن الإمارات " تتولى جميع السلطات التي لم يعهد بها هذا الدستور للاتحاد . . . .) .

أما النص الثاني فهو ما قررته المادة ١٢٢ بقولها : " تختص الإمارات بكل ما لاتنفرد فيه السلطات الاتحادية بموجب أحكام المادتين السابقتين " .

وإعمالاً للقاعدة الأصولية التي توجب البيان في وقت الحاجة فإننا نورد هنا نص المادتين السابقتين ويقصد بهما : المادة ١٢٠ والمادة ١٢١ وإن كانت هذه الأخيرة في الواقع ملحقة بسابقتها .

فالمادة ١٢٠ تحدد الاختصاصات التي ينفرد الاتحاد بممارستها من حيث التشريع والتنفيذ والذي يطلق عليه بعض الفقه[3] الأسلوب الرأسي، في الشؤون التالية :-

---

(١) د/ عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي ، السابق ص١٦٦ .

(٢) د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٤٥ .

(٣) د/ هادف العويس ، المرجع السابق ص١٦٤ .

١- الشؤون الخارجية .
٢- الدفاع والقوات المسلحة الاتحادية .
٣- حماية أمن الاتحاد مما يتهدده من الداخل أو الخارج .
٤- شؤون الأمن والنظام والحكم في العاصمة الدائمة للإتحاد .
٥- شؤون موظفي الاتحاد والقضاء الإتحادي .
٦- مالية الإتحاد والضرائب والرسوم والعوائد الإتحادية .
٧- القروض العامة الإتحادية .
٨- الخدمات البريدية والبرقية والهاتفية واللاسلكية .
٩- شق الطرق الاإتحادية التي يقرر المجلس الأعلى أنها طرق رئيسية .
١٠- المراقبة الجوية واصدار تراخيص الطيارات والطيارين .
١١- التعليم .
١٢- الصحة العامة والخدمات الطبية .
١٣- النقد والعملة .
١٤- المقاييس والمكاييل والموازين .
١٥- خدمات الكهرباء .
١٦- الجنسية الاتحادية والجوازات والإقامة والهجرة .
١٧- أملاك الاتحاد وكل ما يتعلق بها .
١٨- شؤون التعداد والإحصاء الخاصة بأغراض الإتحاد .
١٩- الإعلام الإتحادي .

ويلاحظ على هذا النص ملحوظتان :

الأولى : أن هذا النص قد تضمن قائمة مطولة - تتكون من تسعة عشر بنداً - بالاختصاص التشريعي والتنفيذي الحصري للاتحاد، على درجة كبيرة من البيان والتفصيل والشمول على نحو يمكن القول معه بأنه لا يكاد يترك شيئا مذكوراً للإمارات[1].

الثانية: أن البنود الواردة في المادة ١٢٠ قد اشتملت على موضوعات اتحادية بطبيعتها، وأخرى ليست كذلك، ومع هذا لم يكن هناك بد من منحها للاتحاد بسبب إصرها المالي والذي قد تعسر بعض الإمارات في الوفاء به[2]. ولهذا تم منحها للاتحاد ليكون نعم الرفد المرفود، الذي تعتمد عليه الإمارات مطمئنة إلى الوفاء به.

أما المادة ١٢١ فتؤكد الملاحظة الأولى والتي تتعلق باستئثار الاتحاد بأغلب الاختصاصات، إذ تمنحه هذه المادة أيضاً، الإنفراد بالتشريع في الشؤون التالية : علاقات العمل والعمال والتأمينات الاجتماعية - الملكية العقارية ونزع الملكية للمنفعة العامة - تسليم المجرمين - البنوك - التأمين بأنواعه - حماية الثروة الزراعية والحيوانية - التشريعات الكبرى المتعلقة بقوانين الجزاء والمعاملات المدنية والتجارية والشركات - والاجراءات أما المحاكم المدنية والجزائية - حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية وحقوق المؤلفين - المطبوعات والمنشورات - استيراد الأسلحة والذخائر

(١) د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٤٦، د/ رمضان بطيخ ، السابق ص١١٠، د/ عمرو حسبو ، السابق ص١٤٠.

(٢) د/ هادف العويس ، المرجع السابق ، ص١٣٩.

ما لم تكن لاستعمال القوات المسلحة[1] أو قوات الأمن التابعة لأي امارة - شؤون الطيران الأخرى التي لا تدخل في اختصاصات الاتحاد التنفيذية - تحديد المياه الأقليمية وتنظيم الملاحة في أعالى البحار .

ولنا على هذا النص ملحوظتان أيضاً :

الأولى : أن هذه الموضوعات في أغلبها موضوعات تشكل عبئاً ماليا على الحكومة المركزية للاتحاد وتتصل بأمور ذات طابع إداري يفضل في تنفيذه أن تتولاه الإمارات باعتبارها أعرف بالمصالح لسكانها[2] . ويبدو أن المشرع الدستوري كان دقيقاً في قصر الانفراد على التشريع فقط ، ولكن المحكمة الاتحادية العليا انتهت إلى أن الإمارات تختص بتنفيذ الشئون المبينة بالمادة ١٢١ عملاً بما نصت عليه المادة ١٢٢ من أن الإمارات تختص بكل ما لا تنفرد فيه السلطات الاتحادية بموجب أحكام المادتين ١٢٠ ، ١٢١[3] .

---

(١) صدر تعديل دستوري جعل للدولة وحدها انشاء القوات المسلحة البرية والبحرية والجوية وألغى نص المادة ١٤٢ من الدستور ، وذلك في قرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم ٢ لسنة ١٩٧٦ ، الجريدة الرسمية ، العدد ٤٢ نوفمبر ١٩٧٦ .

(٢) د/ احمد أبو المجد ، السابق ص٤٥ .

(٣) طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية المقدم من مجلس وزراء الاتحاد والذي فصلت فيه المحكمة بجلسة ١٤/ ٤/ ١٩٧٤ ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الدستورية منذ انشاء المحكمة وحتى سنة ١٩٩٠ ، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ-١٩٩٧م ص٢٠ ومابعدها .

وفي هذه الحالة يتوافر الأسلوب الأفقي -كمقابل للرأسي- في توزيع الاختصاصات، والذي يقضي بأن يختص الاتحاد بالتشريع وتختص الإمارات بالتنفيذ[1] .

وعلى كل حال فإن الظروف التي تم فيها تكوين اتحاد الإمارات كانت - كما أسلفنا - تفرض منح هذه الاختصاصات للإتحاد، نظراً لما تشكله من عبء مادي لا ينوء به سوى الاتحاد .

الثانية : أن توزيع الاختصاصات قد ورد بشكل متداخل وغير محدد فلم نجد عنوانا للاختصاص التشريعي الحصري أو التنفيذي الحصري، بل وجدنا مزجاً بينهما في المادة ١٢٠ وتفرداً في التشريع دون التنفيذ في المادة ١٢١ .

ورغم هذا يمكننا أن نؤكد أن القاعدة العامة أو الأسلوب الذي انتهجه دستور دولة الإمارات كان واضحاً في تحقيق اللامركزية السياسية الدستورية للإمارات - داخل نطاقها الإقليمي- بدرجة عالية من الوضوح تمثلت فيما يلي :

١ - النص في المادة ١٢٢على أن (تختص الإمارات بكل ما لاتنفرد فيه السلطات الاتحاديه . . .) يؤكد القاعدة العامة في التوزيع وهي أن الأختصاص العام للولايات والاختصاص المحدد للاتحاد[2] .

(١) د/ هادف العويس ، السابق ص١٦٤ .

(٢) د/ عمرو حسبو، السابق ص١٤٢، د/ هادف العويس ، السابق ص١٣٢ .

٢- النص في المادة ١٢٣ على أن (. . يجوز للإمارات الأعضاء في الاتحاد عقد اتفاقيات محدودة ذات طبيعة ادارية محلية مع الدول والأقطار المجاورة لها على ألا تتعارض مع مصالح الاتحاد ولا مع القوانين الاتحادية وبشرط اخطار المجلس الأعلى للاتحاد مسبقا. . .) الأمر الذي يعني أن هذه الإمارات كانت مستقلة قبل الاتحاد وتتعامل مع العالم الخارجي باعتبارها دولاً. ولذا كان طبيعياً أن تحرص على صيانة كياناتها الذاتية، وكان ضروريا ألا ينهي الاتحاد حقها في ذلك بشكل مفاجئ[1].

الفرع الأول
أسلوب دستور دولة الإمارات
في تحقيق اللامركزية السياسية بين النص والواقع

لايفوتنا قبل أن نبرح دراسة هذا الموضوع أن نؤكد على بعض الأمور الضرورية المتعلقة بمدى التناغم بين النص والواقع، إزاء الأسلوب الذي اتبعه الدستور الإماراتي في تحقيق اللامركزية السياسية وهي :

١- إن من الصعب رسم حد فاصل ودقيق بين الاختصاصات. لأن توزيع الاختصاصات لا يحكمه النظر المجرد بقدر ما يحكمه الواقع المطبق الذي يهتم بحقيقة وطبيعة وحجم المصالح المحلية التي ترى الولايات والإمارات ضرورة الاحتفاظ بها، ولا شك أن هذه مسألة موضوعية تماماً تختلف من دولة لأخرى

(١) المرجع السابق .

ومـــن وقت لأخر[1] .

٢- إن هذا الواقع العلمي هو الذي جعل من عجز المادة ١٢٣ من الدستور (. . . كما يجوز للامارات الاحتفاظ بعضويتها في منظمة الأوبك ومنظمة الدول العربية المصدرة للنفط أو الإنضمام إليها) نصا نظريا بحتا . ويبدو كما يقول بعض الفقه : إن هذه المادة تمت اضافتها في وقت لاحق لصياغة مجمل مواد الدستور هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن العمل الآن يجري على قصر العضوية في الأوبك على دولة الإمارات فقط دون أن يكون لأي إمارة من الإمارات مثل هذه العضوية بل وعلى حد تعبير الدكتور/ هادف العويس (. . لا يتصور أن تتقدم أي إمارة بطلب عضوية لأي من هاتين المنظمتين)[2] .

٣- ليس المهم في تـوزيع الاختـصـاصـات كـأسلوب لتـحـقـيق اللامـركـزية السياسية، تحديدها ولا كيفية مباشرتها بقدر ما يهم التفسيرات التي تعطى لها، فعن طريق نظرية الإختصاصات الضمنية L Les Compétences implicites ومـؤداها حق السلطة التـشـريعـيـة الاتحـادية في سن كـافـة القـوانين التي تراها لازمـة لتنفـيـذ اختـصـاصـاتهـا الدسـتـورية[3]، تمكنت بعض الحكومات الاتحـادية من تـوسيع نطاق

(١) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٤٥ , ٥٠ .

(٢) د/ هادف العويس، السابق، ص١٤٣ .

(٣) د/ عـادل الطبطـبـائي، الاسـتـقـلال الذاتي، السـابق ص١٠٣ وبالاسـتـناد إلى نظرية الصـلاحـيـات الضـمـنيـة، استـطاع القـاضي مـارشـال رئيس المحكمـة العليـا في الولايات المتحدة، أن يمنح الحكومة المركزية الفدرالية صلاحيات واسعة لم يكن في نيـة المشـرع =

اختصاصاتها لتكون غاية في الشمول والاتساع[1]، مسايرة للتغيرات التي طرأت على مفهوم وظيفة الدولة بصفة عامة والدولة الاتحادية بصفة خاصة، ورجحت كفة الحكومة الاتحادية[2].

٤- إذا كان النظام الدستوري في دولة ما لايمكن معرفة حقيقته بعيداً عن الفهم الدقيق للنظام الاجتماعي والثقافي للبيئة التي ينظمها[3]، فإن فهم الظروف الاجتماعية والثقافية التي تعيشها دولة الإمارات يفسر لنا كيف أن التطورات العملية جاءت لمصلحة الدولة الاتحادية.

٥- من المعروف أن دولة الإمارات دولة حديثة فتية تسعى جاهدة لاستكمال متطلبات النظام الديمقراطي وما يستلزمه من توافر الوعي العام بأمور الحياة العامة وسبيلها إلى ذلك النهضة العلمية وهي لا تأل جهداً في هذا المضمار.

= الاتحادي منحها لها. وبناء على توسيع صلاحيات السلطة الفدرالية من خلال تفسير نصوص الدستور الاتحادي أطلق البعض على السلطة التي منحتها المحكمة لنفسها، تسمية حكومة القضاة Gouvernment des juges.

راجع في ذلك: Prélot,(M): institutions politiques et droit constitutionnel, paris, 1972, p. 12.

(١) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٤٦، د/ عمرو حسبو، السابق، ص١٤٠، د/ رمضان بطيخ، السابق، ١١١.

(٢) د/ عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص١٦٨، د/ عمرو حسبو السابق ص١٤٢.

(٣) د/ احمد أبو المجد، السابق ص٣.

٦- يضاف إلى ذلك أن طبيعة النظام القبلي والارتباط بالعشائر يحتاج إلى أسلوب تدريجي للإنتقال إلى نظام المؤسسات الدستورية[١]

ولهذا فرضت الظروف الاجتماعية والثقافية على دولة الإمارات العربية الاتجاه نحو تدعيم وتقوية الكيان الإتحادي للدولة بكافة الوسائل المتوفرة[٢] حرصاً من رافع لواء الاتحاد ورئيسه الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان على التزام الحكمة وعدم الانتقال بشكل مفاجئ من نظام العادات والموروثات القبلية إلى نظام المؤسسات الدستورية .

وهو أمر كفل - والحمد لله - نجاح التجربة الاتحادية الوحيدة القائمة حتى الآن في الوطن العربي والإسلامي، وليت كل الدول الاسلامية تسارع إلى الاتحاد في ظل النظام العالمي الجديد الذي دخلته أوروبا موحدة ودلف العرب إلى القرن الحادي والعشرين متفرقين، ولن يجمعهم في رأيي إلا الاعتصام بحبل الله .

---

(١) د/ عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي ، السابق ص١٦٦ ، د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٣٣ .

(٢) د/ عمرو حسبو ، السابق ص١٤٢ .

المطلب الثالث
ضمانات تحقيق اللامركزية السياسية الدستورية

لا يكفي تقرير اللامركزية السياسية الدستورية بنصوص دستورية فقط وإنما لا بد من وجود ضمانات تسند قيام اللامركزية وتحمي بقاءها، وإلا كان تقريرها مجرد حبر على ورق طالما كانت السلطة المركزية الاتحادية تستطيع المساس بها متى شاءت[1].

ومن ثم كان من اللازم وجود ضمانات تكفل استمرار اللامركزية السياسية الدستورية وتحفظ للوحدات الدستورية (ولايات - إمارات - دويلات) استقلالها الذاتي ورعاية مصالحها المحلية المتميزة. فالاستقلال الذاتي لا يتحقق تلقائيا وعفوا، بل لابد من احاطته بضمانات واشتماله على عناصر ومقومات تكفل وجوده وتحققه على الصعيدين: القانوني والعملي.

ويمكن بلورة أهم ضمانتين من هذه الضمانات في ضمانتين: إحداهما قانونية والأخرى قضائية وسوف نتناول كل واحدة منهما بالدراسة فيما يلي :-

---

(١) د/ عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي، السابق ص١١٠.

الفرع الأول

الضمانة القانونية (جمود الدستور)

إذا كان الاتحاد الفدرالي لا يوجد بدون توزيع اختصاصات بين الدولة الاتحادية والدول أو الإمارات الأعضاء، فكذلك بدون وجود ضمانات لا يقوم التوزيع .

ولذا كان لابد من وجود ضمانة قانونية لتحقيق اللامركزية السياسية، تتمثل في وجود دستور مدون يتضمن هذا التوزيع من جانب وضمان عدم امكانية تعديل النصوص الدستورية المتعلقة بتوزيع الاختصاصات من جانب آخر[1] .

ومن ثم يعتبر الدستور الاتحادي هو الأساس القانوني لدولة الاتحاد الفدرالي ويشكل في الوقت ذاته الإطار القانوني لوضعها السياسي[2] والذي يستلزم وجود لا مركزية سياسية دستورية تضمن الوجود القانوني المستقل للدول الأعضاء ومشاركتها في البنيان الدستوري للدولة وفي تكوين مؤسساتها السياسية[3] .

وإزاء هذه الأهمية للدستور الاتحادي في كيان الدولة الفدرالية كان لابد من أن يكون الدستور الاتحادي دستوراً جامداً ومن باب أولى مكتوباً ومدوناً، ولا سيما

---

(١) د/ هادف العويس ، السابق ص٩٠ .

(٢) د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص١٩ ، وأستاذنا الدكتور ماجد الحلو ، أنظمة الحكم ، السابق ص١٠٥ .

(٣) د/ خالد قباني ، السابق ص١٤٩ .

الجزء الخاص بتوزيع الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم[1].

يتبين من ذلك أن الدستور الاتحادي يتميز بصفة الجمود التي تعني عدم امكان تعديله بالإجراءات العادية لتعديل القانون العادي، وإنما يتطلب لتعديل أحكامه إجراءات أشد وأقسى من تلك المتبعة في تعديل أحكام القانون العادي[2].

وعادة ما تحدد الدساتير الجامدة Les Constitutions Rigides اجراءات وشروط تعديلها بنصوص صريحة داخلها.

أهمية الجمود :

تظهر أهمية الجمود بالنسبة للدستور الاتحادي في تحديد اختصاصات السلطات الإتحادية وسلطات الدويلات أو الإمارات، وإقامة نوع من التوازن بينها[3]، إذ لاقيمة لقواعد توزيع الاختصاصات بينها ما لم يكن الدستور جامداً[4].

ولا تخفى أهمية هذه الصبغة (الجمود) لبقاء الاتحاد الفدرالي وعدم طغيان أي مستوى من الحكومات على الآخر، باعتبار أن الجزء الخاص من الدستور بتوزيع

---

(١) WHEARE(K.C) : Federal Government, oxford University press 1947, p 53.
أشار إليه د/ هادف العويس، السابق ص٨٧، ٩٠.

(٢) Burdeau (G) : dr. const. et , inst. pol. paris, 1972,p.75 ets.
وانظر أيضا د/ رمضان بطيخ، النظرية العامة للقانون الدستوري، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٥/١٩٩٦. ص١٧٩.

(٣) أستاذنا الدكتور/ ماجد الحلو، أنظمة الحكم، السابق ص١٠٦.

(٤) د/ محمد عبيد، نظم الحكم، السابق ص٣٨٣.

الاختصاصات (طرق تحقيق اللامركزية السياسية) يمثل الاتفاق الذي تم بين الولايات عند إنشاء الاتحاد[1] هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، فإن إجازة تعديل أحكام الدستور الاتحادي بذات اجراءات تعديل القوانين العادية من شأنه أن يجعل الغلبة للبرلمان الاتحادي، وبالتالي فإن الاستقلال الذاتي للولايات أو الإمارات وما تتمتع به من اختصاصات ستظل تحت رحمة السلطات الاتحادية تنال منها متى أرادت وتبقى لها ما شاءت[2]. والعكس صحيح أيضاً، فإذا لم يتصف الدستور بالجمود فقد يؤدي ذلك إلى تقوية نفوذ الإمارات أو الولايات على حساب السلطة الاتحادية للدولة.

ومن جهة ثالثة، فإنه لما كان الدستور الاتحادي يمثل الأساس السياسي والدستوري للدولة الاتحادية فيما تضمنه من أحكام تم الاتفاق عليها بين الدويلات أو الإمارات إبان نشأة الاتحاد، كان من المنطقي ألا يتعدل هذا الأساس إلا بقدر من الصعوبة وبعد الرجوع إلى الدويلات الأخرى[3] على نحو يمنع اعطاء سلطة تعديل الدستور بشكل منفرد للاتحاد أو الولايات والإمارات[4].

---

(١) د/ هادف العويس، السابق ص٨٨, ٨٩.

(٢) د/ عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص٨٥، وأستاذنا الدكتور / ماجد الحلو، أنظمة الحكم السابق ص١٠٦، د/ محمد عبيد، نظم الحكم، السابق ص٣٨٣.

(٣) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، السابق ص٥١.

(٤) WHEARE (K.C) po. cit. p.54.
ذكره د/ هادف العويس، السابق ص٨٨.

ولما كان دستور دولة الإمارات العربية المتحدة دستوراً مدونا بحكم وضعه، فمن البدهي والمنطقي، أن يكون دستوراً جامداً وإلا كانت اختصاصات السلطات الاتحادية والمحلية ومظاهر إستقلال الإمارات، مجردة من كل قيمة فعلية أو واقعية، وبالتالي تضعف ثقة الإمارات الأعضاء فيما تتخذه السلطات الإتحادية من إجراءات تجاهها وهو أمر ينذر بخطر يحدق بالشكل الاتحادي للدولة[1].

وباستقراء أحكام دستور دولة الإمارات العربية، وبالمقابلة بينها وبين النصوص المنظمة لاقتراح ومناقشة واصدار القوانين العادية، يظهر لنا بجلاء أن هذا الدستور دستور جامد حيث يلزم لتعديله اجراءات مغايرة ومختلفة لاجراءات تعديل القوانين العادية، سواء بالنسبة لسلطة اقتراح التعديل أو شروطه أو وسيلة إقراره والتصويت عليه وهو ما نبينه في النقطة التالية :

مظاهر جمود دستور دولة الإمارات العربية المتحدة :

تتمثل مظاهر جمود دستور دولة الإمارات في ثلاثة مظاهر رئيسية هي :

أولاً : السلطة المختصة باقتراح التعديل بين الدستور والقانون :

أناط الدستور الدائم لدولة الإمارات حق اقتراح تعديل الدستور بالمادة ١٤٤ بند٢ فقرة أ، بالمجلس الأعلى للاتحاد دون غيره من السلطات بقولها : " إذا رأى المجلس الأعلى . . . . قدم مشروع تعديل دستوري إلى المجلس الوطني الاتحادي " .

(١) د/ رمضان بطيخ ، تطور الفكر السياسي والدستوري ، السابق ص١٣٤ ، د/ مصطفى أبو زيد فهمي ، السابق ص٥١ .

ومعنى ذلك أن المجلس الأعلى للاتحاد هو الذي يقترح ويقدم مشروع تعديل الدستور، ومعلوم أن المجلس الأعلى هو السلطة العليا في الدولة ويشكّل من حكام جميع الإمارات المكونة للاتحاد أو من يقوم مقامهم[1].

أما بالنسبة للسلطة التي تملك حق اقتراح القوانين العادية أو تعديلها، فقد عهد بها الدستور إلى مجلس الوزراء بصريح نص المادة ٦٠ من الدستور بند ٢ حيث قالت: " يتولى مجلس الوزراء . . . " اقتراح مشروعات القوانين الاتحادية واحالتها إلى المجلس الوطني الاتحادي . . . "

ومن هذا يتضح مدى اختلاف تعديل الدستور عن القانون العادي بالنسبة للجهة التي تملك حق اقتراح التعديل حيث اشترط الدستور أن تتولى اقتراح تعديله جهة أعلى من الجهة التي تقترح القانون العادي أو تعدله[2].

والمجلس الأعلى للاتحاد هو السلطة العليا في الدولة وأرفع سلطة سياسية فيها ومجلس الوزراء يمارس اختصاصاته تحت اشرافه ورقابته. ولا شك أن اقتراح التعديل الدستوري من قبل السلطة العليا يشكل قيداً أشد مما هو مطلوب لاقتراح تعديل القوانين العادية[3].

---

(١) المادة ٤٦ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

(٢) د/ محس خليل ، النظام الدستوري لدولة الإمارات ، السابق ص١٥٠ .

(٣) د/ عبد الرحيم الشاهين ، المرجع السابق ، ص٧٨ .

وفي الحقيقة فإن هذا الاختلاف في سلطة التعديل يساير طريقة صدور الدستور من جانب حكام الإمارات ويتوافق معها، فطبقا لقاعدة توازن الأشكال في القانون العام فإن من يملك حق الإصدار، يملك حق التعديل في الوقت نفسه، وبذات الأداة التي كان بها الإصدار[1].

ثانياً : شروط التعديل بين الدستور والقانون:

لم يتطلب المشرع الدستوري شروطاً موضوعيه معينة لتعديل القوانين العادية، بخلاف تعديل الدستور الذي أشترطت له المادة ١٤٤ في البند ٢ فقرة أ، أن يرى المجلس الأعلى للاتحاد أن : «مصالح الاتحاد العليا تتطلب تعديل هذا الدستور . . » ويختص المجلس الأعلى للاتحاد بتقدير مدى توافر هذه المصلحة.

وإذا كان صحيحاً أن تعديل القانون يستهدف دائماً تحقيق مصلحة عامة، إلا أن هذه المصلحة تتفاوت في أهميتها، ومهما بلغت في الأهمية فإنها تقصر عن المصلحة العليا ويظل مثواها أقل من المصلحة العليا التي تعد شرطا وقيداً لاقتراح تعديل الدستور أعلى من القيد المتطلب لتعديل القوانين العادية[2].

---

(١) د/ ناجي شراب، السابق ص١٢٥، د/ احمد أبو المجد، السابق ص٢٠.

(٢) د/ عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص٨٥ ومابعدها، د/ رمضان بطيخ، تطور الفكر، السابق ص١٣٥، د/ شمس مرغني علي، الوجيز في القانون الدستوري، السابق ص٣١.

والواقع أن عبارة " المصالح العليا " عبارة غامضة وتحتاج إلى إيضاح، ولهذا ينفرد حكام الإمارات بتقدير هذه المصالح، دون رقابة على تقديرهم من أي جهة، الأمر الذي يجعلها مجرد توجيه سياسي عام، بضرورة الالتزام بالدستور واحترام أحكامه، وعدم تعديل نصوصه إلا لمبررات قوية تستلزم ذلك التعديل[1] .

ثالثاً : الأغلبية اللازمة للتعديل بين الدستور والقانون:

وفقا للفقرة أ من البند ٢ من المادة ١٤٤ من دستور دولة الإمارات، يتضح أنه يشترط لموافقة المجلس الوطني الاتحادي على مشروع تعديل الدستور كما أعده المجلس الأعلى للاتحاد - أغلبية خاصة تتمثل في موافقة ثلثي أصوات الأعضاء الحاضرين عند تصويت المجلس الوطني الاتحادي على مشروع التعديل الدستوري[2] .

بينما تكون الأغلبية اللازمة لإقرار مشروعات تعديل القوانين العادية، هي الأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين في المجلس الوطني الاتحادي[3] وذلك في غير

(١) قارن في عكس ذلك د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٢١ ، د/ عبد الرحيم الشاهين ، السابق ، ص٧٨ ، د/ السيد محمد ابراهيم ، أسس التنظيم السياسي والدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مركز الوثائق والدراسات ، أبو ظبي ، ١٩٧٥ ج١٤ص١٤١ حيث قال : " وبهذا تشكل المصلحة العليا للاتحاد قيداً على تعديل الدستور وهو قيد غير قائم أو لازم لتعديل القوانين " .

(٢) د/ شمس مرغني علي ، السابق ص٣١ .

(٣) د/ محسن خليل ، السابق ص١٥١و١٥٤ .

الحالات التي يشترط فيها أغلبية خاصة[1].

درجة جمود دستور دولة الإمارات:

الواقع أن الجمود الذي يسبغ به الدستور الإماراتي هو جمود نسبي وليس مطلقاً. وبيان ذلك أنه لم يتضمن نصا يحظر تعديل أحكامه أو بعضها خطراً دائماً أو مؤقتاً. وما دام الأمر كذلك فإن جميع أحكامه قابلة للتعديل بالاجراءات الواردة في الدستور[2].

وبذلك تكون الإجابة قد طرحت مقدماً لسؤال يطرح عن الحد الذي يمكن أن يصل إليه المجلس الأعلى للاتحاد في عملية التعديل، بصيغة أخرى هل يمكنه أن يعدل من شكل الدولة ؟ أو ينتقص من قدر الإستقلال الممنوح للإمارات ؟

كما ذكرنا، لا يوجد أي قيد على السلطة المؤسسة في دولة الإمارات من تعديل دستورها بالكيفية التي تريدها، خاصة وأن الدستور لم يحرم أو يحظر تعديل هذه الموضوعات. وعلى فرض وجود هذا الحظر، فإنه لا يشكل قيداً على حرية السلطة المؤسسة في اجراء التعديل[3]، لأن كل دستور جامد قابل للتعديل باجراءات خاصة، مهما نص فيه على غير ذلك، وليست النصوص التي تفرض الحظر سوى مجود

---

(١) د/ رمضان بطيخ، تطور الفكر السياسي والدستوري، السابق ص١٣٥، د/ شمس مرغني، السابق ص٣١.

(٢) د/ محمد عبيد، نظم الحكم، السابق ص٣٨٥.

(٣) د/ محمد عبيد، نظم الحكم، السابق ص٣٨٥.

أماني، لاقيمة لها من الناحية القانونية[1] .

وأخيراً تجدر الاشارة إلى أن الجمود النسبي لدستور دولة الإمارات يعد أمراً محدوداً، لأن الجمود المطلق ينطوي على تحجير دائم للنظام السياسي وتجميد لحركة التاريخ وتجاهل صارخ لحاجة النظم للتطور والتغيير المستمر[2]، بالإضافة إلى أن هذا الدستور واكب مرحلة تاريخية وسياسية معينة خاصة بقيام دولة الاتحاد[3] .

الفرع الثاني
الضمانة القضائية (محكمة تنازع الاختصاص)

إن تطبيق اللامركزية السياسية الدستورية التي تلازم الاتحاد الفدرالي، تطبيقا سليما يحتاج بالضرورة إلى جهة قضائية تفصل في حالات تنازع الاختصاص الدستوري بين سلطات حكومة الدولة الاتحادية المركزية وسلطات حكومات الولايات أو الإمارات إذا إعتدت إحدى السلطات على اختصاصات السلطة الأخرى[4] ويناط بهذه الجهة في الوقت ذاته الفصل في تنازع الاختصاص بين الولايات أو الإمارات المختلفة[5] .

---

(١) Laférriere: Manuel de droit constitutionnel, 1947, p.289.
وانظر أيضاً د/ مصطفى أبو زيد فهمي ، السابق ص٥٣ .

(٢) د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٢٠، د/ مصطفى أبو زيد فهمي ، السابق ص٥٢ .

(٣) د/ محمد عبيد ، نظم الحكم ، السابق ص٣٨٥ .

(٤) د/ محمد فتوح عثمان ، رئيس الدولة ، السابق ص١٦٨ .

(٥) د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٤٢، د/ مصطفى أبو زيد ، السابق ص٥٠ .

وبالرجوع إلى دستور دولة الإمارات العربية في المادة ٩٩ ، ألفيناه يعهد بهذه المهمة الجسيمة والدقيقة إلى مؤسسة اتحادية رفيعة هي المحكمة الاتحادية العليا، التي تختص بالفصل في المنازعات المختلفة بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد أو بين أية إمارة أو أكثر وبين حكومة الاتحاد[١] .

كما تختص هذه المحكمة بتفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت إليها ذلك احدى سلطات الاتحاد أو حكومة احدى الإمارات، ويعتبر هذا التفسير ملزماً للكافة[٢] .

ومن هنا تعد المحكمة العليا إحدى الضمانات الهامة للحفاظ على التوازن بين الدولة الاتحادية والإمارات الأعضاء وفي الحفاظ على استمرارية الاتحاد[٣] .

ويعود السبب في اعتبار المحكمة العليا كذلك (ضمانة قضائية لتحقيق اللامركزية) إلى أنها لا تباشر عملها بوصفها أداة في يد الحكومة الاتحادية أو كأحد مؤسساتها -على نحو ما قد يتبادر من نعتها بالاتحادية- تؤثر عليها الاعتبارات

(١) الفقرة الأولى من المادة ٩٩ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

(٢) الفقرة الرابعة من المادة ٩٩ .

(٣) د/ زهير شكر ، الوسيط في القانون الدستوري ، السابق ص٧٠ وقارن في عكس ذلك د/ أحمد أبو المجد ، السابق ص٤٣ حيث قال : " . . . . واختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالقول الفصل في توزيع الاختصاص بين حكومة الإتحاد وحكومة الإمارات يؤدي - بغير شبهة - إلى تجريد الإمارات من أهم المظاهر العملية لاستقلالها ، ويجعل من الرابطة المقامة بينها رابطة مركزية أو دستورية " .

السياسية[1]، كلا! لأنها هيئة دستورية مستقلة عن كل من الحكومة المركزية والسلطات الاقليمية وتتمتع بالحيدة والبعد عن التأثيرات، بهدف تحقيق التوازن بين الحكومة الاتحادية وحكومات الإمارات، بما يؤدى إلى تحقيق الغايات التي تبناها الدستور الاتحادي[2]، والسهر على صيانة ذلك الدستور في توزيعه للاختصاصات[3].

وننبه إلى أننا لسنا بصدد الدراسة التفصيلية لنظام المحكمة الاتحادية العليا، وانما نتعرض للقدر الذى يخدم موضوع الدراسة، في المحافظة على التوازن الذى يقيمه الدستور الاتحادي بين اختصاصات كل من الحكومة المركزية وحكومات الإمارات وتفسير أحكام الدستور إذا ما طلبت منها ذلك إحدى سلطات الاتحاد أو حكومة احدى الإمارات.

أولاً: اختصاص المحكمة العليا كمحكمة تنازع اختصاص:

وفقا للمادة ٩٩ من الدستور دولة الإمارات العربية، تباشر المحكمة الاتحادية العليا وظيفتها كمحكمة تنازع، في حالة تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادى والهيئات القضائية المحلية في احدى الإمارات، أو تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية داخل إمارة واحدة[4].

---

(١) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، السابق ص٥٠.

(٢) د/ عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي، السابق ص١١١.

(٣) د/ شمس مرغني، السابق ص٣٢١.

(٤) د/ عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص٣٣١.

والواقع أن طبيعة النظام الاتحادى وما تستلزمه من تعدد في جهات القضاء، قد يؤدى إلى خلاف حول تحديد الاختصاص بنزاع معين بين هذه الجهات، ولذلك يلزم مع تعدد هذه الجهات، وجود محكمة عليا، تمارس دوراً تنسيقيا بين جهات القضاء، ولذا يسند إليها الفصل فيما يثور بينها من تنازع[1]، ويكون حكمها هو القول الفصل الذى يلزم كل من الاتحاد والإمارات حدودهم الدستورية[2].

ومرد ذلك أن قوة حكمها الفاصل فى التنازع إنما تستمده من الدستور الاتحادى نفسه، أى من الشعب الذى تدبج الأحكام القضائية باسمه[3]، الأمر الذى يفسر تعاظم دور القضاء والمحاكم العليا بصفة خاصة فى ظل النظم الاتحادية[4].

وطبقا لدستور الإمارات وقانون المحكمة العليا يوجد تنازع فى الأختصاص بين جهات القضاء المختلفة فى الحالات الآتية :

١- تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والمحلي.

٢- تنازع الاختصاص بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى.

٣- تنازع الاختصاص بين الهيئات القضائية فى أية إمارة فيما بينها.

---

(١) د/ محمد نور عبد الهادي شحاته، أصول المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، مطبوعات كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى، ١٤١٠، ١٩٩٠ص٣٦٠.

(٢) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٧٥.

(٣) د/ خالد قباني، السابق ص١٤٧.

(٤) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٧٥.

وقد يكون التنازع ايجابياً إذا رفعت دعوى إلى محكمتين تابعتين لجهتين من جهات القضاء واستمرتا فى نظر الدعوى دون أن تتخلى احداهما عن نظرها[١] .

كما أن التنازع قد يكون سلبيا حين تقرر كل الهيئات القضائية عدم اختصاصها بنظر الدعوى، وفى هذه الحالات تقوم المحكمة العليا بالفصل فى التنازع بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع[٢] . وتكون أحكامها نهائية وملزمة للكافة ولا تقبل الطعن بأى طريق من طرقه[٣] .

ثانياً: اختصاص المحكمة العليا بتفسير الدستور:

تفرض طبيعة النظام الاتحادى وجود جهة قضائية عليا تملك القول الفصل فى تفسير نصوص الدستور إزاء توزيع الاختصاصات بين كل من الحكومة المركزية وحكومات الإمارات أو الولايات لتلفتها للرأي الدستوري السليم واحتناكًا للآراء المتضاربة إذا ما تعددت الجهات التى تملك حق التفسير .

ويقصد بتفسير أحكام الدستور، ((تجلية ما يكون قد ران على النص المطلوب استيضاحه من غموض أو لبس، بغية رفع هذا اللبس وايضاح ذلك الغموض توصلاً

---

(١) د/ علي الحديدي ، القضاء والتقاضي وفقا لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول ، التنظيم القضائي والإختصاص ونظرية الدعوى ، مطبوعات كلية شرطة دبي ، الطبعة الأولى ١٩٩٨ص٣١٥وما بعدها .

(٢) د/ عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي ، السابق ص٣٣١ .

(٣) د/ علي الحديدي ، السابق ص٣٢٣ .

إلى تحديد مراد الدستور ضمانا لوحدة التطبيق الدستورى واستقراره))[1].

ويلاحظ أن اختصاص المحكمة بالتفسير يكون نطاقة مقصوراًعلى تفسير أحكام الدستور فقط، ولا يمتد إلى القوانين، فهذه الأخيرة يكون البحث فى دستوريتها طبقا لما يحدده الدستور، وهو أمر تخرج دراسته عن نطاق موضوع بحثنا.

وتجدر الإشارة إلى أن طلب تفسير أحكام الدستور يقدم إما من قبل حكومة الاتحاد أو حكومة احدى الإمارات ولا يلزم فيه قيام خصومة قضائية[2].

وعلاوة على ذلك فإن مجلس الوزراء يملك حق طلب التفسير الدستورى، وما دام أن الوزير أحد أعضائه فإنه يملك هذا الحق أيضاً ولو بشكل فردى إزاء أمر يتعلق بأحد شؤون وزارته. والهدف من ذلك طمأنة الوزير إلى اتساق تسيير أمور وزارته مع مقاصد الدستور[3].

---

(١) طلب التفسير رقم ١ للسنة القضائية الأولى، صدر عن المحكمة الاتحادية العليا بجلسة ٢٩نوفمبر ١٩٧٤، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الدستورية منذ أنشاء المحكمة وحتى سنة ١٩٩٠، مطبوعات جامعة الإمارات العربية رقم ١٦ الطبعة الأولى مطبوعات جامعة الإمارات كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا ١٤١٨-١٩٩٧ص٣.

(٢) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٧٨.

(٣) وقد عرض على المحكمة عدة طلبات للتفسير كان أولها في ٢٤/ ١٠/ ١٩٧٣ وصدر الحكم فيه بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٩٧٣ وكان طلب التفسير مقدماً من وزارة الداخلية وهناك أيضاً عدة طلبات منها طلب التفسير رقم لسنة٢ قضائية بناء على طلب مجلس الوزراء، وطلب التفسير رقم ٥ لسنة ٨ قضائية مقدم من وزارة الزراعة وطلب التفسير رقم ١ لسنة ١٧ مقدم من النائب العام وطلب التفسير رقم ١ لسنة ١٩ مقدم من مدير ديوان رئيس الدولة. راجع د/ هادف العويس، السابق ص١٥٩ وما بعدها.

وعلى المحكمة العليا فى مباشرتها لذه المهمة أن تركن إلى التفسيرات التى تتطابق مع روح الدستور الاتحادى وأهدافه، فإذا ما كان النص يتحمل عدة تأويلات قانونية، كان عليها أن تجتبى التفسير الملائم، لمصلحة الإمارات والمصلحة العامة للاتحاد لفيفا.

ويعتبر تفسير المحكمة العليا ملزماً لجهات القضاء والسلطات الاتحادية والمحلية قاطبة.

وفى ختام دراستنا لهذا الموضوع يجدر بنا أن نذكر نموذجاً من اجتهاد المحكمة الاتحادية العليا في شأن توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات.

ثالثاً: تطبيق قضائى لاختصاصى المحكمة العليا:

صدر عن المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات عدداً من التفسيرات فى طلبات تفسير الدستور فيما يتعلق بتوزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات نجتبى من بينها.

طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية بناء على طلب مجلس وزراء الاتحاد:

بتاريخ ١٣/ ١/ ١٩٧٤ طلب من المحكمة الاتحادية العليا - بناء على طلب مجلس وزراء الاتحاد تفسير المادتين ١٢٠ و١٢١ من الدستور المؤقت في شأن الاختصاصات التشريعية والتنفيذية للاتحاد والإمارات لبيان معنى المقصود من التشريع والتنفيذ الوارد ذكرهما في المادتين المشار إليهما.

وفى جلسة ١٤/ ٤/ ١٩٧٤ ردت المحكمة على طلب التفسير السابق موضحة المقصود بالتشريع والتنفيذ كما يلي :

المقصود بالتشريع : ((القواعد الكلية المنظمة لروابط المخاطبين بأحكام القانون. وهو يصدر من الاتحاد عن طريق السلطات التى تملك إصداره وفقا للأشكال وطبقا للإجراءات المنصوص عليها فى الدستور، إما فى صورة قانون أو مراسيم لها قوة القانون على حسب الأحوال وإما بناء على تفويض. . .))[1]

والمقصود بالتنفيذ هو ((التدابير الإدارية الصادرة عن السلطات المختصة بالتنفيذ واللازمة لوضع القانون موضع التنفيذ العملي. وهي إما قرارات تنظيمية عامة. . وإما قرارات إدارية فردية. . .))[2]

وبالنسبة لتوزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية بين الاتحاد والإمارات، ردت المحكمة بأن الاتحاد ينفرد بالتشريع والتنفيذ فى الشئون المبينة في المادة ١٢٠ وينفرد بالتشريع فقط في الشئون المبينة فى المادة ١٢١ . بينما تختص الإمارات بتنفيذ الشئون المبينة بالمادة ١٢١، عملاً بما نصت عليه المادة ١٢٢ من أن الإمارات تختص بكل مالا تنفرد فيه السلطات الاتحادية[3].

---

(١) طلب التفسير رقم ١ لسنة ٢ قضائية صادر عن المحكمة الاتحادية العليا، جلسة ١٤/ ٤/ ١٩٧٤، مجموعة الأحكام، السابق ص٢٧.

(٢) المرجع السابق ص٢٨.

(٣) السابق ص٢٨.

وذكرت المحكمة في موضع آخر من ذات الحكم أنه إذا كان الدستور قد أكد على تدعيم الاتحاد واطلاق يده بما يمكنه من تحقيق أهدافه فإن حرص في الوقت نفسه على أن يصون للإمارات كيانها الذاتي بما لا يتعارض مع هذه الأهداف. ذلك لأن توزيع الاختصاصات التشريعية والتنفيذية بين الاتحاد والإمارات الأعضاء فيه، طبقا لما قضت به هذه المحكمة في قرارها رقم ١ تفسير لسنة ١ قضائية عليا ((إنما يتفرع عن كون الاتحاد دولة مركبة لها سيادتها وشخصيتها الدولية، تتألف من إمارات متعددة لكل منها سيادتها وسلطاتها التنفيذية والتشريعية والقضائية تستقل بممارستها على أراضيها وسكانها خارج الاطار الذي ينفرد الاتحاد فيه بسلطانه))[١] ولا ريب أن مراعاة المنطق السليم في تطبيق الضوابط الدستورية لتحديد اختصاصات الاتحاد والإمارات وفقا للمادتين ١٢٠، ١٢١ من الدستور هو خير ما يحقق التوازن الذي تغياه الدستور ويسهم في تدعيم قواعد الحكم الاتحادي على أسس سليمة تتمشى مع واقع الحال[٢].

وبإنعام النظر في الحكم المتقدم نجد أنه قد اشتمل على وسائل تحقيق اللامركزية السياسية الدستورية وعرض لها في ثنايا ما أشار إليه بصدد مسلك دستور دولة الإمارات في توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات ثم عرض لدور المحكمة الاتحادية العليا - كضمانة قضائية لتحقيق اللامركزية السياسية - في تفسير الدستور

(١) السابق، ص٢٩.

(٢) السابق، ص٣٠.

وحل تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في الإمارات، أو بين هيئة قضائية في إمارة وهيئة قضائية في إمارة أخرى و أو بين الهيئات القضائية في أية إمارة فيما بينها . [١]

المبحث الثالث

مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية في دولة الإمارات

توطئة وتهيئة :

يعد الاستقلال الذاتي للولايات أو الإمارات، أحد أركان النظام الاتحادي . إذ إنه رغم قيام الدولة الاتحادية الجديدة واكتساب الإمارات لشخصية هذه الدولة، فإن تلك الإمارات تظل مع هذا كيانات ذاتية تتمتع داخل الاتحاد بنوع من الاستقلال . فالاتحاد وإن جمع بين تلك الإمارات، لكنه لم يجعل منها كياناً واحداً، وإنما تتميز كل منها بقسط من الاستقلال والحكم الذاتي، تمارس بمقتضاه جانبا من السيادة داخل أراضيها في الشئون التي لا يختص بها الاتحاد، وإلا لأصبحنا أمام دولة موحدة[٢] .

ومن هنا جاء القول بأن : وجود استقلال ذاتي للولايات أو الإمارات الاتحادية، إنما يعني في الدرجة الأولى، وجود اختصاصات تنفرد سلطاتها المحلية بمزاولتها .

---

(١) الطلب رقم ١ لسنة ١٦ قضائية ، (تنازع اختصاص) صادر عن المحكمة الاتحادية العليا بجلسة ١٣/ ٣/ ١٩٨٩ ، مجموعة الأحكام الصادرة من المحكمة الاتحادية العليا في الدعاوى المدنية وتنازع الاختصاص ، مطبوعات جامعة الإمارات ، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١٥ ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧ ص٣٦ .

(٢) د/ ناجي شراب ، السابق ص١٨١ ، د/ عمرو حسبو ، السابق ص١٢١ .

وبعبارة أخرى فإن الاستقلال الذاتي للإمارات لا يمكن أن يكون حقيقياً وأصيلاً إلا إذا كانت هناك لا مركزية سياسية دستورية، تمنح هذه الإمارات حرية التصرف في مجالات تنفرد بمباشرتها الهيئات المعبرة عن ارادتها، دون معقب عليها من السلطة الاتحادية إلا في نطاق الشرعية، ولا تقوم بتفويضها إلى الحكومة المركزية[1].

وتبدو أهمية الاستقلال الذاتي في نظر جورج بوردو في كونه يعد مقياساً حقيقياً للامركزية السياسية، بما تعنيه من قدرة السلطات المحلية على اصدار قواعد قانونية تنظم نشاطاتها العامة، وتحررها واستقلالها عن السلطة الاتحادية المركزية في تنظيم هذه النشاطات، وعلى حسب سعة أو ضيق الاختصاصات الممنوحة لها يتحدد مدى الاستقلال.

ومن جهة ثانية فإن هذا المدى هو المعيار الفارق بين اللامركزة الكاملة أو الخالصة وبين اللامركزية الناقصة أو النسبية. وبيان ذلك أنه عندما يكون للسلطات المحلية في الولايات أو الإمارات، الحرية والاستقلال في تنظيم هذه النشاطات وفي تنفيذها

---

(١) د/ عادل الطبطبائي، الاستقلال الذاتي، السابق ص١٠٢ ويشير سيادته في ذات الصفحة إلى أن رقابة السلطات الاتحادية على مباشرة الولايات لسلطاتها، هي رقابة محدودة من ناحية طبيعتها أو موضوعها، إذ تكون مقصورة على مدى مشروعية التصرف المحلي ومطابقته للقواعد الاتحادية، ولا تمتد إلى مدى ملاءمة التصرف من الناحية السياسية opportunite politique كما أنها - من جهة أخرى - رقابة قضائية وليست سياسية. ولا شك أن نزاهة القضاء تجعله يفصل في النزاع بتجرد وحياد بين المصالح العامة والمصالح المحلية والعمل على التوفيق بينها. وعلى النقيض من ذلك، إذا تولت الرقابة جهة سياسية، فإنه يخشى أن تتعدى الرقابة من نطاق الشرعية إلى نطاق الملاءمة وفي هذا خروج عن موضوع الرقابة.

بواسطة أجهزتها الخاصة نكون أمام لا مركزية تامة أو خالصة Decentralisation pure ou parfaite. حسب عبارة Eisenmann وعندما تتعاون وتشارك السلطة المركزية في ممارسة هذه النشاطات مع السلطات المحلية ولكن مع تفوق الأولى نكون أمام تداخل بين المركزية واللامركزية السياسية، ونكون هنا أمام لا مركزية ناقصة أو نسبية[1] Decentralisation imparfaite ou relative.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، نجد أن دستورها الدائم قد حرص على التوفيق بين متطلبات تكوين دولة الاتحاد وبين حرص حكام الإمارات على الاحتفاظ بأكبر قدر ممكن من الاستقلال والذاتية للإمارات الأعضاء في الاتحاد[2]. لا سيما وأن حكام الإمارات المعاصرين هم أغلب الحكام الذين حملوا على أكتافهم وحققوا بنواصيهم نهضة الإمارات وتقدمها. ولذا من البدهي أن يكونوا غيورين على استقلال تلك الإمارات، والضن بثمرات هذا الجهد المنضود أن تنسب إلى الاتحاد وأن تزايلهم - فوق ذلك - مظاهر السيادة التي كانت ملتحداً لهم حتى بعد قيام الاتحاد[3].

---

(١) BURDEAU. (G) : Traité de science politique, T. II, paris 1972, p. 369 et s.

- EISENMANN.(ch) : Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale, paris, 1948, p.70 ets.

(٢) د/ عمرو حسبو، السابق. ص١٢١.

(٣) د/ أحمد أبو المجد، السابق ص٨٨.

وقد كفل دستور الإمارات تمتع الإمارات الأعضاء في الاتحاد بقسط من الاستقلال والحكم الذاتي، تمارس بمقتضاه جانباً من السيادة داخل اقليمها في الشئون التي لا تختص بها دولة الاتحاد بمقتضى الدستور[1] .

وقد أكد الدستور هذا الاستقلال في بعض مواده نختار من بينها المادة العاشرة التي نصت على أن (أهداف الاتحاد هي الحفاظ على استقلاله وسيادته وعلى أمنه واستقراره . . . . مع احترام كل إمارة عضو لاستقلال وسيادة الإمارات الأخرى في شئونها الداخلية في نطاق هذا الدستور) كما تقضي المادة ١١٦ بأن (تتولى الإمارات جميع السلطات التي لم يعهد بها هذا الدستور للاتحاد وتشارك جميعاً في بنائه وتفيد من وجوده وخدماته وحمايته) .

وبناء على ما تقدم تكون مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية كامنة فيما تتمتع به الإمارات من مظاهر استقلال على الصعيدين الخارجي والداخلي والتي نتناولها بالدراسة في المطلبين التاليين :

---

(١) آثرنا ألا نتعرض لمظاهر الوحدة والاتحاد الفدرالي في دولة الإمارات ، فهذه المظاهر مفترضة ضمنا منذ اللحظة التي يولد فيها الاتحاد الفدرالي ، ثم أنها في حقيقتها مظاهر للمركزية الدستورية وليست مظاهر للامركزية . ولذا لم نتعرض لها بالدراسة .

المطلب الأول
في المجال الخارجي

أجاز دستور دولة الإمارات العربية المتحدة، للإمارات الأعضاء في الاتحاد، الظهور على صعيد العلاقات الدولية، وممارسة بعض مظاهر السيادة الخارجية في بعض الأحوال وهي :

أولاً : يجوز للإمارات الأعضاء ابرام اتفاقيات - كما سبق أن ذكرنا - محدودة ذات طبيعة إدارية محلية مع الدول والأقطار المجاورة لها، بشرط ألا تتعارض مع مصالح الاتحاد ولا مع القوانين الاتحادية، وبشرط إخطار المجلس الأعلى للاتحاد مسبقاً، كما نصت على ذلك المادة ١٢٣ من الدستو في فقرتها الأولى.

ثانياً : أجاز الدستور أيضاً للإمارات الأعضاء في الاتحاد، الاحتفاظ بعضويتها في منظمة البلدان العربية المصدرة للنفط (الأوبك) ومنظمة الأقطار العربية المصدرة للنفط (أوابيك) أو الانضمام إليهما [1].

ثالثاً : نص الدستور في المادة ١٤٧ على حق الإمارات الأعضاء في الاتحاد، في الاحتفاظ بما ارتبطت به من معاهدات أو اتفاقيات مع الدول والهيئات الدولية قبل تطبيق أحكام الدستور ما لم يجر تعديلها أو إلغاؤها بالاتفاق مع الأطراف المعنية بها.

---

(١) الفقرة الأخيرة من المادة ١٢٣ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة.

وفي هذا الخصوص قرر المجلس الأعلى للاتحاد في الحادي عشر من مايو ١٩٩٢ ، اعتبار الاتفاقيات المعقودة بين أية إمارة من إمارات الدولة والدول المجاورة لها، اتفاقيات بين دولة الإمارات العربية المتحدة وهذه الدول[١] .

وننوه إلى أن ممارسة الإمارات لمظاهر السيادة الخارجية السابقة، لايعني تمتعها بالشخصية الدولية، لأن هذه الممارسة تستند إلى نصوص في الدستور، وبشروط معينة. وبالتالي يجوز تعديلها أو سحبها في أي وقت مع مراعاة جمود الدستور بالنسبة للتعديل، وفي هذا يكمن الفارق الرئيسي بين الإمارات والدول التي تتمتع بالشخصية الدولية. فهذه الأخيرة سلطتها مطلقة في ابرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية، علاوة على أنها سلطة مرتبطة بوجود الشخص الدولي، ومن ثم تستمد سلطتها من القانون الدولي العام وليس من قانون داخلي، الأمر الذي يكفل عدم جواز سحبها منه[٢] .

---

(١) انظر البيان الصادر عن المجلس الأعلى للاتحاد في ١١مايو١٩٩٢ ، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات ، العدد ٢٤٠يوليو١٩٩٢ .

(٢) د. رمضان بطيخ، تطور الفكر السياسي، السابق ص١٠٦، د. عمرو حسبو، السابق ص١٢٣ .

المطلب الثاني
في المجال الداخلي

إن الأسلوب الذي اتبعه دستور دولة الإمارات العربية المتحدة في توزيع مظاهر الاستقلال والسيادة الداخلية، يجعل هذه السيادة كقاعدة عامة للإمارات - على نحو ما ذكرنا من قبل - ولا تملك دولة الاتحاد من هذه السيادة، إلا قليلاً علي سبيل الاستثناء، كما حدده الدستور .

وهذا يعني - بطبيعة الحال - تمتع كل إمارة بدستورها، واستقلالها بسلطاتها الداخلية من تشريعية وتنفيذية وقضائية، بالإضافة إلى بعض مظاهر الإستقلال الأخرى [1] وذلك على النحو التالي :

أولاً دساتير الإمارات:

نصت المادة ١٥١ من الدستور الاتحادي على (دساتير الإمارات الأعضاء في الإتحاد) وأكدت على علو أحكام الدستور الاتحادي علي دساتير الإمارات .

وطبقاً لهذا النص يكون المشرع الدستوري الاتحادي قد اعترف بحق كل إمارة في أن يكون لها دستورها الخاص الذي يُنظم شئون الحكم فيها، فهل توجد فعلاً دساتير للإمارات الأعضاء؟

(١) د. شمس مرغني، السابق ص ٣٣٨، د. محمد عبيد، نظم الحكم ، السابق ص ٤٢٠، د. عبد الرحيم الشاهين ، السابق ص ٨٦.

الواقع أن الإجابة بالنفي إذا كان المقصود هو الدستور بالمعنى الضيق. إذ لا تملك أي إمارة من الإمارات السبع المكونة للاتحاد، دستوراً مكتوباً، يبين نظام الحكم فيها، وتكوين سلطاتها وعلاقتها مع بعضها والحقوق والحريات العامة [1] .

وإذا كان المقصود هو المعنى الواسع للدستور (المدون والعرفي) فإنه يمكن القول بوجود دساتير عرفية ، تكملها أحياناً بعض القواعد الدستورية المدونة، كما هو الحال بالنسبة لقواعد القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٤ بشأن إعادة تنظيم الجهاز الحكومي وتشكيل المجلس التنفيذي لإمارة أبوظبي وكذلك القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٩ بشأن إعادة تنظيم الجهاز الحكومي وتشكيل المجلس التنفيذي لإمارة الشارقة .

ثانياً : سلطات الإمارات :

لا يسود مبدأ فصل السلطات بين الإمارات الأعضاء ، وإنما يسود مبدأ تركيز السلطات وتجميعها في يد حاكم كل إمارة . فهو صاحب السلطتين التشريعية والتنفيذية ، كما يملك السلطة القضائية، فهو المرجع الأعلى لمحاكم الإمارة [2] . ويعود سبب تركيز السلطات في يد حاكم الإمارة ، إلى أنه يعتبر في حكم الأب

---

(١) HUSAIN AL-BAHARNA: The arabian gulf states, 2 ed, beirout, 1975,p.11.

(٢) د. محسن خليل، السابق ص ١٠٦ .

بالسنبة لأفراد إمارته [1] وبالتالي فهو أدرى بمعرفة شئون إمارته وأفرادها، الذين يحكمهم وفقاً للأعراف السائدة فيها، ولا دخل للاتحاد في اختياره، كما أنه هو الذي يختار ولي عهده من أفراد أسرته [2] . ولهذا يسود مبدأ العائلة الحاكمة داخل الإمارات الأعضاء [3] .

ويمكن أن نعرض لسلطات الإمارات بشكل أكثر تحديداً على النحو التالي :

١ - السلطة التشريعية :

تستقل الإمارات الأعضاء في الاتحاد بالتشريع في كافة شئونها الداخلية التي تهم كل منها، شريطة ألا تكون هذه التشريعات مخالفة لأحكام الدستور [4] .

وتطبيقاً لذلك أنشيء في إمارة أبوظبي المجلس الوطني الاستشاري في عام ١٩٧١ الذي تضمنت اختصاصاته : مناقشة الموضوعات العامة ومناقشة مشروعات القوانين وتوجيه الأسئلة للوزراء وغير ذلك .

(١) فالحاكم في نظر هذه المجتمعات كالأب التقليدي للأسرة، فإذا كان الأب يملك الكلمة الأولى والأخيرة في شئون أسرته، فكذلك الحاكم الذي يعرف مصالح رعيته التي لا تملك سوى الثقة في كل ما يفعله وسلامة ما يصدر عنه من تصرف ، باعتبار أنه يسعى دائماً لمصلحتها ويطبق ما هو أفضل لشئونها . راجع في ذلك د. عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي، السابق ص ١٣١ .

(٢) أستاذنا الدكتور ماجد الحلو ، أنظمة الحكم ،السابق ص ١٦٩ .

(٣) د. محسن خليل ، السابق ص ١٠٦ ، د. عادل الطبطبائي، السابق ص ١٣١

(٤) د. السيد محمد إبراهيم ، أسس التنظيم السياسي، السابق ص ٦٢ ، د. شمس مرغني، السابق ص ٣٣٨، د. محسن خليل، السابق ص ١٠٥ .

وقبل أن يدبر القرن العشرين بأيام معدودات أصدر حاكم إمارة الشارقة الشيخ الدكتور سلطان بن محمد القاسمي القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٩ [١] بشأن إنشاء المجلس الاستشاري لإمارة الشارقة والذي يمارس صلاحيات عدة من بينها ، إبداء الرأي والمشورة في كل ما يهم المجتمع ، ومناقشة مشروعات القوانين المحالة له من المجلس التنفيذي ، ومناقشة أي من الموضوعات العامة المتعلقة بشئون البلاد . ويكون مقر المجلس إمارة الشارقة [٢] . ولاشك أن ذلك يعد – ومن حسن الطالع أن يصدر قانون إنشاء المجلس مع غرة شهر رمضان المعظم – سيراً على طريق استكمال السلطة التشريعية للإمارات الأعضاء .

ولا منازعة في أن الاختصاص الوظيفي للسلطة التشريعية متضمن في صلاحيات المجلسين الإستشاريين لإمارة أبوظبي والشارقة، ومع مرور الزمن ونماء الوعي العام الناشيء عن الاهتمام بالتعليم سوف تحذو -إن شاء الله – الإمارات الأخرى ذات الطريق لاستكمال مؤسساتها التشريعية .

٢ – السلطة التنفيذية:

تتولى الإمارات الأعضاء في الاتحاد بأجهزتها وموظفيها، ليس فقط تنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة في المسائل المحلية التي يجوز لها التشريع فيها ، وإنما أيضاً تنفيذ

(١) صدر ذلك القانون في ٣٠ شعبان ١٤٢٠هـ الموافق ٧ ديسمبر ١٩٩٩ ونشر في جريدة الخليج العدد ٧٥٠٧ الصادرة بتاريخ ٨ ديسمبر ١١٩٩٩ ص ٧ .

(٢) جريدة الخليج، العدد السابق بتاريخ ٨/ ١٢/ ١٩٩٩ ص ٧ .

التشـريعات المحلية التي تصدرها سطاتها العامة في شئونها الداخلية [1] .

ومن الجـدير بالذكـر في هذا الصـدد مـراعـاة أولوية القـوانين الاتحـادية على التـشـريعـات والقـرارات واللوائح الصـادرة عن سلطات الإمـارات . ومن القـرارات الإدارية الحديثة جداً في هذا المجال ، القرار الذي أصدره حاكم الشارقة بشأن الحفاظ على سـلامـة اللغـة العربيـة والذين نـص على أن (تحـرر الوثائق والمذكـرات والطلبـات والرسـائل الحكومية والمعـامـلات الرسـمية لدى بلدية الشـارقة وغـرف تجـارة وصناعة الشـارقة وكـافة المؤسسات والهيئات الخدمية في الإمارة باللغة العربية) ويشير القرار إلى عـدم استخدام المصطلحات الأجنبية إلا عند الضرورة وعدم توافر المصطلحات المناظرة لهـا ، كـمـا ينص القـرار على أن (تحرر كـافـة العـقـود والإيصالات والسندات وكـافة المحررات لدى الدوائر المحلية . . . . باللغة العربية ولا تقبل الجهات المذكورة أي طلبـات أو عـرائض أو شكاوي ومـا شـابه ذلك من الجـمهـور إلا إذا كـانت مـحـررة باللغة العربية) .

ولا يفوتنا أن نشيد بهذا القرار وتوجهه المحمود والغيور على لغة القرآن الكريم من مـحـاولات هجرها وتغـريبها بين أهلها بسبب الوافدين إلى الإمـارات من كل فج وصـوب ، وحبـذا لو صدر قـانون اتحـادي يشتـرط إجادة العربيـة فيـمن يفـد إلي دولة الإمارات .

---

(1) د. شـمس مرغني، السابق ص ٣٣٩، د. ناجي شراب، السـابق ص ١٨٢ ، د.رمضـان بطيخ، السابق ص ١٠٥ ، د. عمر حسبو ، السابق ص ١٢٤ .

ومن القوانين المحلية كذلك ، القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٩ الصادر عن حاكم الشارقة بانشاء مجلس للبترول في إمارة الشارقة، يضطلع بإدارة شئون البترول في الإمارة[1] .

٣ - السلطة القضائية :

أجاز الدستور للإمارات ، الاحتفاظ بهيئاتها القضائية لتتولى الفصل في المنازعات التي لا تدخل في اختصاص السلطة القضائية الاتحادية والمحددة في الدستور . فقد نصت المادة ١٠٤ من الدستور على أن (تتولى الهيئات القضائية المحلية في كل إمارة جميع المسائل القضائية التي لم يعهد بها للقضاء الاتحادي بمقتضى أحكام هذا الدستور) .

كما قضت المادة ١٠٥ بأنه (يجوز بقانون اتحادي يصدر بناء على طلب الإمارة المعنية نقل كل أو بعض الاختصاصات التي تتولاها هيئاتها القضائية المحلية . . . . إلى المحاكم الاتحادية الابتدائية كما يحدد بقانون اتحادي ، الحالات التي يجوز فيها استئناف أحكام الهيئات القضائية المحلية في القضايا الجزائية والمدنية والتجارية وغيرها أمام المحاكم الاتحادية ، على أن يكون قضاؤها في هذا الاستئناف نهائيا) .

وبسبب تعدد الهيئات القضائية بتعدد الإمارات الأعضاء واستقلال كل منها عن الأخرى، فقد حرص الدستور على تفادي التعارض أو التناقض بين الأحكام التي

(١) جريدة البيان ، الصادرة بتاريخ ٣ رجب ١٤٢٠ هـ الموافق ١٢/ ١٠/ ١٩٩٩ ص ١ .

تصدر من المحاكم المختلفة بالإمارات ، تحقيقاً للعدالة واحتناكا لشأفة الجريمة . ولهذا نصت المادة ١١٩ من الدستور على أن (تنظم بقانون اتحادي وبمراعاة أكبر قدر ممكن من التيسير ، الأمور المتعلقة بتنفيذ الأحكام والإنابات القضائية، وإعلان الأوراق القضائية وتسليم الفارين من العدالة فيما بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد)[١] .

والحقيقة أن الدراسة التفصيلية لتنظيم السلطة القضائية هي دراسة بعيدة عن القانون الدستوري وقريبة من قانون الإجراءات المدنية والتجارية .

ثالثاً : مظاهر أخرى تؤكد استقلال الإمارات :

علاوة على ما ذكرناه من مظاهر الاستقلال الذاتي للإمارات ، كتطبيق للامركزية السياسية الدستورية فإن الدستور - مصدر اللامركزية السياسية - قد أورد بعض المظاهر الخاصة التي تؤكد استقلال الإمارات لعل من أهمها ما يلي :

١ - احتفاظ كل إمارة بعلمها الخاص لاستخدامه داخل إقليمها (مادة ٥ من الدستور) وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن بعض الإمارات قررت إلغاء العلم الخاص بها واستبدلته بالعلم الاتحادي .

(١) أنظر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٣ في شأن تنظيم العلاقات القضائية بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٢ السنة الثالثة ، أغسطس ١٩٧٣ .

ولكن هذا الأمر لا يؤثر في اللامركزية السياسية الدستورية الممنوحة لها، لأن هذا الإجـراء (الغـاء العلم) إجـراء شكلي ، يدل دلالة قـاطعـة على حـرص هذه الإمارات على دعم الكيان الاتحادي لدولة الإمارات [1] .

٢ -ملكية الإمارة للثروات والموارد الطبيعية داخل أراضيها ويقوم المجتمع على حفظها وحسن استغلالها [2] .

٣ -يجوز لإمـارتين أو أكثر ، بعـد مصادقة المجلس الأعلى للاتحاد، التكتل في وحدة سياسية أو إدارية أو توحيد كل أو بعض مرافقها العامة أو إنشاء إدارة واحدة أو مشتركة للقيام بأي مرفق من هذه المرافق [3] .

من العـرض السـابق لما ذكرناه من مظاهر الاسـتـقـلال يتـضح غلبـة مظاهرها على مظاهر الوحـدة في الاتحاد [4] وفقاً لنصوص دستور دولة الإمارات ، الأمر الذي يؤكد الاتجاه نحو تمتع الإمارات الأعضاء في الاتحاد باللامركزية السياسية الدستورية .

---

(١) د. عمرو حسبو ، السابق ص ١٣٠ .

(٢) المادة ٢٣ من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

(٣) المادة ١١٨ من دستور دولة الإمارات .

(٤) د. عبـد الرحيم الشـاهين ، السـابق ص ٨٨، د. رمـضـان بطيخ ، السـابق، ص ١٠٧ ، د.عمروحسبو ، السابق ص ١٣١ .

المطلب الثالث
اللامركزية السياسية الدستورية
في دولة الإمارات، مطلقة أم نسبية ؟

ذكرنا - من قبل - أنه على حسب سعة أو ضيق الاختصاصات الممنوحة في الدستور للسلطات المحلية للإمارات يكون مدى الاستقلال الذاتي لها. ورأينا أن اللامركزية الكاملة أو المطلقة تتوافر عندما يكون للسلطات المحلية ، الحرية والاستقلال في تنظيم أنشطتها العامة وتنفيذها بواسطة أجهزتها المختصة .

أما اللامركزية النسبية فتتوافر عندما تشارك السلطة المركزية للاتحاد سلطات الولايات أو الإمارات في ممارسة نشاطاتها المحلية ولكن مع غلبة وتفوق الشكل الاتحادي الذي تمثله السلطة المركزية الاتحادية .

وإزاء ما عرضناه - سابقاً - من توزيع للاختصاصات بين الإمارات والدولة الاتحادية، كان من الطبيعي أن يثور التساؤل عن درجة اللامركزية السياسية الدستورية ومداها، هل هي لا مركزية مطلقة يجسدها غلبة مظاهر استقلال الإمارات ؟ أم لا مركزية نسبية يجسدها تدعيم وتقوية الكيان الاتحادي ؟

تنازع الفقه الدستوري أمر الإجابة على هذا التساؤل ويمكن حصر هذا النزاع في اتجاهين :

الاتجاه الأول : لا مركزية مطلقة (غلبة مظاهر الاستقلال) :

يرى أنصار هذا الاتجاه [1] غلبة مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية (استقلال الإمارات) على مظاهر الوحدة في دولة الاتحاد وذلك للاعتبارات التالية : -

١ - أسلوب نشأة الاتحاد ، إذ إنه قد تم نتيجة اتفاق أو اندماج بين إمارات مستقلة ، كانت تباشر قبل دخولها في الاتحاد مظاهر السيادة ولكنها تنازلت عن بعضها لحكومة الاتحاد [2] .

٢ - الأخذ بالأسلوب الحصري في تحديد الاختصاصات التي تدخل في اختصاص الاتحاد، الأمر الذي جعل اختصاص الإمارات هو الأصل واختصاص الاتحاد هو الاستثناء من هذا الأصل العام [3] .

على أن الذي يلفت الانتباه إلى اللامركزية المطلقة هو استخدام دستور الإمارات للفظ (السيادة) [4] التي تمارسها الإمارات في كثير من مواده ، مما يوحي بأنها تملك سلطة لا تعلوها سلطة وفقاً للمفهوم العام للسيادة .

٣ - ينحصر الاختصاص التشريعي لسلطات الاتحاد في مسائل ضيقة ينفرد الاتحاد بالتشريع فيها وماعداها يكون متروكاً للولايات .

---

(١) د. السيد إبراهيم، السابق ص ٥٢، د. رمضان بطيخ، السابق ، ص ١٠٧، د. ناجي شراب ، السابق ص ١٨٣، د. شمس مرغني ، السابق ص ٣٤٠ .

(٢) د. رمضان بطيخ ، السابق ص ١٠٧ ، د. عمرو حسبو ، السابق ص ١٤٢ .

(٣) د. عبد الرحيم الشاهين، اسابق ص ٨٧ ، د. شمس مرغني ، السابق ص ٣٤٠ .

(٤) على سبيل المثال المادة ٣ من دستور دولة الإمارات .

٤ - إن السلطة التنفيذية ، لا تتولى إلا تنفيذ القوانين الاتحادية الصادرة في أمور ينفرد الاتحاد بالتشريع فيها ، أما المسائل التي تشترك الامارات مع الاتحاد في التشريع فيها - وهي تمثل الأكثرية - فإن سلطات الإمارات هي التي تتولى تنفيذها داخل أراضيها ، وهذا مظهر هام من مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية [١] .

٥ - حرص حكام الإمارات على ممارسة العديد من خصائص السيادة ، تأكيداً لاستقلالهم وذاتيتهم ، ولهذا وجدنا أعلى سلطة في الدولة وهي المجلس الأعلى للاتحاد ، يتكون من حكام الإمارات السبع [٢] .

٦ - لم يبعد تنظيم السلطة القضائية هي الأخيرة عن غلبة اللامركزية المطلقة ، إذ إن التنظيم القضائي للاتحاد لم يمس الهيئات القضائية للامارات أو يقطع تبعيتها لاماراتها ، بل على العكس من ذلك جعل انضمام الهيئة القضائية لأية إمارة إلى السلطة القضائية الاتحادية أمراً اختيارياً [٣] . ولاشك أن هذا يؤكد استقلالية التنظيم القضائي للإمارات [٤] .

في ظل الاعتبارات السابقة يتبين أن مظاهر اللامركزية المطلقة تسيطر على غالبية السلطات وتتفوق على مظاهر الوحدة في الاتحاد .

---

(١) د . شمس مرغني ، السابق ص ٣٤١، د. ناجي شراب ، السابق ص ١٨٣ .

(٢) د. ناجي شراب ، السابق ص ١٨٣ ، د. عبد الرحيم الشاهين ، السابق ص ٨٧ .

(٣) د. شمس مرغني ، السابق ص ٣٤١ ، د. ناجي شراب ، السابق ، ص ١٨٣ .

(٤) د. عبد الرحيم الشاهين ، السابق ص ٨٨ .

الاتجاه الثاني : لا مركزية نسبية (غلبة مظاهر الاتحاد) :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الواقع العملي للنصوص الدستورية مغاير كثيراً لإطارها الوثائقي وهو ما تفرضه مقتضيات المذهب الموضوعي أو الوظيفي [1] في دراسة النظام الدستوري . بمعنى أنه يلزم تجنب محاولات عزل النظام الدستوري عن إطاره السياسي والاجتماعي [2] .

وفي ضوء هذه الحقيقة فإنه من المحقق أن الواقع العملي يدعم ويقوي الكيان الإتحادي للدولة ، وأن السلطة المركزية للدولة الاتحادية تحتل مكانة أقوى من مكانة الولايات وتتفوق مظاهر الوحدة أو الاتحاد على مظاهر الاستقلال [3] . ويبدو هذا التفوق فيما يلي : -

١ -مبدأ سمو الدستور الاتحادي وجموده . فإذا كان الدستور الاتحادي قد سمح بتمتع كل إمارة بدستورها كما ورد في المادة ١٥١ فإن أحكام الدستور الاتحادي هي التي تسود وتعلو على أحكام دساتير الإمارات وفقاً للفقرة الأولى من المادة ١٥١ ونصها (لأحكام هذا الدستور السيادة على دساتير الإمارات الأعضاء في الاتحاد . .) فدساتير الإمارات مقيدة بخضوعها للمباديء العامة في الدستور الاتحادي [4] .

---

(١) المذهب الوظيفي ، هو الذي ينظر إلى التشريع باعتباره وسيلة لتحقيق غاية محددة، هي حماية المصالح الفردية والجماعية ، راجع في ذلك د. أحمد أبو المجد، السابق ص ٣.

(٢) د. أحمد أبو المجد، السابق ص ٥ .

(٣) د. علي الصاوي ، الإدار المحلية ، السابق ص ٤٢ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٤٢ .

٢ -إن النتيجة المنطقية لجمود الدستور الاتحادي وسموه، أنه يعتبر من الناحيتين : القانونية والسياسية، في مرتبة أعلى من القوانين العادية . فإذا كان القانون العادي أدنى مرتبة من النصوص الدستورية - كما هو قائم في دستور دولة الإمارات - فإنه لا يستطيع أن يخالف نصوص الدستور [١] .

٣ -إذا حدث تعارض بين القوانين الاتحادية وقوانين الإمارات ، فإن الأولى هي التي تطبق داخل الإمارات طبقاً لنص المادة ١٥١ فقرة ٢ والذي جاء فيه (. . وللقوانين الاتحادية التي تصدر . . الأولوية على التشريعات والقرارات الصادرة عن سلطات الإمارات وفي حالة التعارض يبطل من التشريع الأدنى ما يتعارض مع التشريع الأعلى ، وبالقدر الذي يزيل ذلك التعارض . . .) .

٤ -إن المحكمة الاتحادية العليا هي صاحبة الكلمة النهائية والقول الفصل في تفسير الدستور والقوانين الاتحادية وقوانين الإمارات [٢]، وفقاً لنص المادة ١٠١ من الدستور والذي جاء فيه (أحكام المحكمة الاتحادية العليا نهائية وملزمة للكافة) .

٥ -التطورات التي طرأت على مفهوم وظيفة الدولة بصفة عامة والاتحادية بصفة خاصة أدت إلى ضرورة تغليب كفة الدولة الاتحادية . ومرجع ذلك أن زيادة المطالب الاقتصادية والاجتماعية للأفراد من جانب وعجز موارد السلطات المحلية

(١) د . أحمد أبو المجد، السابق ص ٢١ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٣ .

عن تلبيتها [1] من جانب آخر، تجعل الإمارات لا تفتر في اتجاهها صوب الحكومة المركزية الاتحادية لتكون لها نعم الورد المورود والرفد المرفود.

٦ -يساعد تدعيم الكيان الاتحادي على اتباع أسلوب التخطيط القومي في كافة النواحي، بهدف تحقيق المساواة وإقرار العدالة في تلبية المطالب المتباينة لمواطني كل الإمارات أعضاء الاتحاد [2]، ليكون عطاء الحكومة الاتحادية لها عطاء غير مجذوذ.

موقفنا من الاتجاهين :

نحن نسلم بحقيقة دستورية مؤداها أن الواقع العملي للنصوص الدستورية هو الذي يكشف عن طبيعتها. فلا مرية أنه يوجد في مجال النصوص الدستورية اختلاف بين النص والتطبيق. وبناء على هذه الحقيقة نرى أنه توجد لا مركزية سياسية دستورية نسبية أو جزئية في دولة الإمارات وليست مركزية مطلقة أو كاملة. إذ ليس وجود سلطات محلية في ذاته دليلاً حتميًا على قيام اللامركزية السياسية، وإنما العبرة بحجم وطبيعة السلطة الممنوحة لتلك الوحدات.

ومن ثم فإن قصر الاختصاصات والصلاحيات الممنوحة للولايات على التشريع في بعض النواحي والتنفيذ في نواح أخرى، بالإضافة إلى أن أغلبها ذات طبيعة إدارية محلية يدعم قولنا بأن : هذه اللامركزية نسبية أو جزئية في هذه المرحلة من مراحل حياة دولة الإمارات في ضوء الاعتبارات التالية :

---

(١) د. عادل الطبطبائي، النظام الاتحادي، السابق ص ١٧٣.

(٢) د. رمضان بطيخ، السابق ص ١٠٧، د. عمرو حسبو، السابق، ص ١٤٣.

١ -إن دولة الإمارت دولة حديثة النشأة نسبياً وتم قيامها في ظل عدة تأثيرات فرضت اللامركزية النسبية. وقد تمثلت تلك المؤثرات في عواصف المتغيرات الدولية ومخاطر الضعف العربي خاصة بعد عام ١٩٦٧ ومشاكل الخلاف بين دول الخليج أو حتى بين الامارات التي شكلت الاتحاد. بل إن الانتقال من حالة الفرقة التي كانت عليها الإمارات إلى التوحد ومن حالة التخلف إلى بناء الدولة الحديثة [1] كان له أثره على مولد الدولة وجعل اللامركزيةنسبية.

٢ -إن طبيعة النظام القبلي والزعامة الأبوية لحكام الإمارات تجعل من الصعب تحقيق مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية بطريقة قانونية تلازم قيام الاتحاد الفدرالي بشكل تام.

٣ -إن السرعة الهائلة التي يتم بها التطور في تلك الدولة الفتية في كافة الأرجاء، والاهتمام المتزايد بالتعليم كأساس للتقدم سوف يصل بالاتحاد إلى درجة التماسك والترابط المرجوة وتأمين دفعه قدماً إلى الاستقرار وتحقيق اللامركزية السياسية الدستورية الكاملة في المستقبل إن شاء الله.

وفي هذا الصدد اقترح استبدال لفظ الاستقلال الذاتي بلفظ السيادة الذي ورد في كثير من نصوص الدستور لأن مؤدى هذا اللفظ وجود سيادتين على إقليم واحد، سيادة الدولة الاتحادية وسيادة الإمارات وهو أمر لا يسلم به فقه القانون العام والباحثون في نظرية الدولة عموماً.

---

(١) د. رمضان بطيخ، السابق ص ١٨٩.

وفي رأيي أن في هذا الاستبدال تدعيماً للاتحاد وتقوية له، على أساس أنه يسمح بقيام سيادة واحدة في الدولة هي سيادة الدولة الاتحادية.

كما أن عبارة " الاستقلال الذاتي " تشير إلى تحقيق اللامركزية بقدرها الذي يواكب ظروف وأوضاع الامارات .

٤ -إن سياسة السلطات الاتحادية والتي يتزعمها رئيس الاتحاد (الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان) تتجه نحو تدعيم وتقوية الكيان الاتحادي من جهة ، إذ لا بديل للإمارات من السير قدماً نحو تدعيمه ، لا سيما وأن العودة إلى الوراء وإلى الكيانات الصغيرة المجزأة أصبح أمراً مستحيلاً ، لأنها تعني ببساطة زوال هذه الدولة وكياناتها من المجتمع الدولي [١] .

ومن جهة أخرى فإن السياسة الحكيمة لرئيس الدولة تؤكد حرصه على دعم الكياني الذاتي للإمارات ومباشرة بعض مظاهر اللامركزية السياسية الدستورية، وهو ما بلوره أفول القرن العشرين مصاحباً لقيام سلطات دستورية محلية في إمارة الشارقة تمثلت في المجلس التنفيذي والمجلس الاستشاري.

٥ -إذا كانت اللامركزية السياسية الدستورية من بين أهدافها أن يشعر مواطنو الامارات بذاتهم من خلال مشاركتهم في الحياة السياسية بالطرق المعهودة في الدول الديمقراطية ، فقد عوض ذلك من - جانب آخر- وجود الديمقراطية الاجتماعية في دولة الامارات، المستمدة من التقاليد العربية والقبلية، والتي تسمح لأصغر المواطنين

(١) السابق ص ١٩٠ .

وأقلهم مالاً وولداً ، أن يدخل على حاكم البلاد ويعرض عليه حاجته وأن يخاطبه باسمه مباشرة دون أن يقدم بين يديه ألقاباً [1] . وتلك هي سياسة الباب المفتوح التي ينادي بها الفكر الإداري الحديث والتي أرسى الإسلام أساسها في قول الرسول ﷺ : " من ولي من أمر المسلمين أمراً فاحتجب دونهم حجبه الله عن الجنة " .

وهذا ما تقصر عنه أعرق نظم الديمقراطية السياسية في بلاد العالم [2] ، الأمر الذي يؤكد الحقيقة التي نؤمن بها كثيراً وهي أن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وأن النصوص الدستورية تفقد قيمتها إذا لم تجد سبيلاً للتطبيق في الحياة العملية .

٦ -إن عمق التحولات الحضارية التي حدثت في دولة الإمارات ، وهي النموذج العربي الوحيد القائم للنظام الاتحادي الذي يدعو إليه الإسلام ، تجعلها نموذجاً يحتذى في تحقيق الاتحاد بين عالمنا العربي في الوقت الحاضر ، والذي يفرض الاتحاد كسبيل وحيد للقوة والمنعة في عالم التكتلات والاتحادات بين الدول الغربية رغم تباين العقيدة واختلاف اللسان ، لتكون الأمة الإسلامية أمة واحدة كما أراد لها خالقها .

---

(١) د. أحمد أبو المجد ، السابق ص ٨٨ .

(٢) د. رمضان بطيخ ، السابق ص ١٩١ .

خاتمة

جال الفكر بين الأسفار، وانشغل الذهن بالليل والنهار، في سبيل إعداد هذا البحث عن دولة الإمارات ، وإبرازه للوجود في صفحات وورقات .

والحق أن فكرة هذا البحث بدأت تداعب مخيلتي وتزاحم فكري منذ وفدت إلى أرض هذه البلدة الطيبة ، زائراً في جامعة الإمارات . وأحمد الله تعالى أن وفقني لاخراجها إلى حيز النور ، وأن جعل تأويل رؤياي من قبل حقاً .

وقد استدعى كتابة هذا البحث أن أطوف في مؤلفات القانون العام الموجودة بدولة الإمارات والتي تعد مصادر وروافد لمنظومة البحث الثلاثية التي ارتكزت على القانون الدستوري من جانب والنظم السياسية من جانب آخر والقانون الإداري كمصدر لفكرة اللامركزية عموماً من جانب ثالث . الأمر الذي دعانا إلى اختيار عنواناً يشير لهذه الفروع الثلاث للقانون العام .

وقد بان لنا أن اللامركزية السياسية الدستورية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالاتحاد الفدرالي على نحو يقيم بينهما عروة وثقى لا تنفصم ووشيجة قوية لا تنفك .

ولا أريد أن أسير في فلك النهج التقليدي الذي يضمن الخاتمة تكراراً لما سبق أن أدلى به الباحث من آراء أو عرضه من أفكار . فالبحث - فيما أظن - منضود الأفكار لا تكفي هذه الإطلالة القصيرة للإحاطة بثمره ومضمونه .

وأحمد الله تعالى على أن وفقني للبحث في جزئية لم توضح معمياتها أو تكشف محتوياتها بصورة فريدة من قبل تحت هذا العنوان (اللامركزية السياسية الدستورية) لقد طرحت أفكاراً ولمت آراءاً واستعرضت كتباً وأسفاراً ، فإن كنت قد وفقت فمن الله وإن كانت الأخرى فعذري أني بشر أخطيء وأصيب وحسبي أجر الواحد والكمال لله وحده .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،

قائمة بالمراجع

أولاً: باللغة العربية:

١- د/ أحمد كمال أبو المجد : النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، ملحق خاص في مؤلف مشترك بعنوان : دولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مسحية شاملة، صادر عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٨ .

٢- د/ إسماعيل الغزال : القانون الدستوري والنظم السياسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٤٠٦هـ- ١٩٨٧ .

٣- السيد صبري : مبادىء القانون الدستوري، المطبعة العالمية، الطبعة الرابعة، ١٩٤٩ .

٤- السيد محمد إبراهيم : أسس التنظيم السياسي والدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٧٥ .

٥- بطرس غالي ومحمود خيري عيسى : نظم الاتحادات، المكتبة القومية ١٩٦٠ .

٦- ثروت بدوي : النظم السياسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ .

٧- حامد سلطان : القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٩٧٢ .

٨- حسن محمد عواضة: المبادىء الأساسية للقانون الإداري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ-١٩٩٧.

٩- خالد سمارة الزعبي: تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية.

١٠- خالد سمارة الزعبي: القانون الإداري وتطبيقه في المملكة الأردنية الهاشمية، مكتب دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.

١١- خالد قباني: اللامركزية ومسألة تطبيقها في لبنان، منشورات عويدات، بيروت، باريس، الطبعة الأولى ١٩٨١.

١٢- داود الباز: النظم السياسية، الدولة والحكومة في ضوء الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٧/ ١٩٩٨.

١٣- رقية المصدق: القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الثانية، ١٩٩٠.

١٤- رمضان محمد بطيخ: تطور الفكر السياسي والدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة مؤسسة العين للإعلان والتوزيع والنشر.

١٥- رمضان محمد بطيخ: الإدارة المحلية في النظم الفيدرالية، دراسة تحليلية مع التطبيق على دولة الإمارات العربية المتحدة، مؤسسة العين للإعلان

والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٩٩٨ .

١٦- رمضان محمد بطيخ : النظرية العامة للقانون الدستوري وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٥ ، ١٩٩٦ .

١٧- زهير شكر : الوسيط في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية والمؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ٩٤ .

١٨- زين بدر فراج : مبادىء القانون الإداري، محاضرات لطلاب كلية الحقوق- جامعة المنصورة- ١٩٨٧ .

١٩- سعاد الشرقاوي : النظم السياسية في العالم المعاصر، دار النهضة العربية ١٩٧٥ .

٢٠- سعد عصفور : القانون الدستوري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار المعارف ١٩٥٤ .

٢١- سليمان محمد الطماوي : النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٨٨ .

٢٢- سليمان محمد الطماوي : مبادىء القانون الإداري، الكتاب الأول، طبعة ١٩٨٣ .

٢٣- شمس مرغني علي : الوجيز في القانون الدستوري وأسس النظام الدستوري في الإمارات العربية المتحدة ، مكتبة القدس، العين .

٢٤-صلاح الدين فوزي : المحيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار النهضة العربية ١٩٩٥ .

٢٥- طعيمة الجرف : نظرية الدولة، مكتبة القاهرة الحديثة ١٩٧٣ .
٢٦- د. عادل الطبطبائي : الاستقلال الذاتي لولايات الدولة الاتحادية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الأول، صفر ١٤٠٠هـ- يناير ١٩٨٠.
٢٧- عبد الرحيم عبد اللطيف الشاهين ، نظام الحكم والإدارة في الإمارات العربية المتحدة ، مطبعة جلفار - رأس الخيمة ، الطبعة الأولى ١٩٩٧ .
٢٨- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت .
٢٩- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعار، الإسكندرية١٩٩١ .
٣٠- عبد الرحمن البزاز ، الدولة الموحدة والدولة الاتحادية ، دار القلم ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٦٦ .
٣١- عبدالمجيد عبد الحفيظ سليمان الوجيز في النظم السياسية ،دار الثقافة العربية ١٩٩٢/ ١٩٩٣ .
٣٢- عثمان خليل عثمان ، اللامركزية ومجالس المديريات في مصر : دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه ١٩٣٩ ، طبعة ١٩٤٨ .
٣٣- د/ علي ابراهيم ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥.
٣٤- علي الحديدي: القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة

الإمارات العربية المتحدة، الجزء الأول، الطبعة الأولى ١٩٩٨ مطبوعات كلية شرطة دبي.

٣٥- علي الصاوي ، الإدارة المحلية ، مكتبة نهضة الشرق، جامعة القاهرة .

٣٦- عمرو أحمد حسبو ، النظام الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء النظم الاتحادية المقارنة ، ١٩٩٥ .

٣٧- د/ عمرو فؤاد بركات، النظم السياسية ١٩٩١/ ١٩٩٢ .

٣٨- فرناس عبد الباسط البنا، المركزية واللامركزية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧ .

٣٩- د. فؤاد العطار، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار النهضة العربية ١٩٧٥ .

٤٠- ماجد راغب الحلو ، أنظمة الحكم ودستور الإمارات، نشر وتوزيع ، مكتبة العين الوطنية.

٤١- ماجد راغب الحلو : تنظم السلطة الإدارية والوظيفة العامة في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الإمارات العربي المتحدة ، ١٩٨٩ .

٤٢- د. محسن خليل : النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة، طبعة جامعة الإمارات العربية المتحدة١٤٢٠-١٩٩٩ .

٤٣- محمد السعيد الدقاق ، القانون الدولي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ،

بيروت الطبعة الأولى ١٩٨١ .

٤٤- محمد بكر حسين ، الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق ١٩٧٧ .

٤٥- محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٧ .

٤٦- محمد رفعت عبد الوهاب : النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية١٩٩٣ .

٤٧- محمد رفعت عبد الوهاب : القانون الدستوري، منشأة المعارف، الاسكندرية بدون تاريخ .

٤٨- محمد رمزي الشاعر ، المجتمع العربي ، دار النهضة العربية ١٩٧٠ .

٤٩- محمد فتوح عثمان ، رئيس الدولة في النظام الفيدرالي ، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس ١٩٧٧ .

٥٠- محمد فتوح عثمان ، أصول القانون الإداري لإمارة دبي، دراسة مقارنة، مطبوعات كلية شرطة دبي، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م

٥١- محمد كامل عبيد : نظرية الدولة ، كلية شرطة دبي ، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م .

٥٢- محمد كامل عبيد ، نظم الحكم ودستور الإمارات ، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ-١٩٩٧م - كلية شرطة دبي .

٥٣- محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار الفكر

العربي، القاهرة ١٩٧١ .

٥٤-محمد محمد بدران ، الحكم المحلي في المملكة المتحدة ، دراسة تحليلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩١

٥٥- محمد مرغني خيري : الوجيز في النظم السياسية ٨٥/ ١٩٨٦ .

٥٦- محمد نصر مهنا ، علم السياسة ، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة ، بدون تاريخ .

٥٧- محمد نور عبد الهادي : أصول المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول، مطبوعات كلية شرطة دبي، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ-١٩٩٠ .

٥٨- محمود عاطف البنا ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ .

٥٩- د. محمود حلمي، المباديء الدستورية العامة، دار الفكر العربي ١٩٦٦ .

٦٠- محمود سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، تنظيم السلطة الإدارية والوظيفة العامة، مطبوعات كلية شرطة دبي .

٦١- مصطفى أبو زيد فهمي ، النظرية العامة للدولة، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٩٧ .

٦٢- مصطفى أبو زيد : النظام الدستوري، دار المعارف ١٩٦٦ .

٦٣- مصطفى محمود عفيفي، الوسيط في مبادىء القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات كلية شرطة دبي، الطبعة الثالثة ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ .

٦٤- مفيد شهاب ، القانون الدولي العام ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤ .

٦٥-مهاب نجا ، القانون الإداري العام ، دار الشمال للطباعة والنشر والتوزيع ، طرابلس لبنان ،الطبعة الأولى ١٩٩٠ .

٦٦- ناجي صادق شراب ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة في السياسة والحكم . رسالة دكتوراه قُدمت إلى كلية الاقتصاد والعلوم السياسية - جامعة القاهرة .

٦٧- هادف راشد العويس، توزيع الاختصاصات في النظام الاتحادي في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة وجمهورية ألمانيا، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الحادي عشر ، محرم ١٤١٩هـ أبريل ١٩٩٨م .

ثانياً: المراجع الأجنبية:

68- BENOIT, Le droit administratif Francais, DALLOZ , 1968.

69- BURDEAU (G) : traité de science politique; 3éme éd L.G.D.J. paris1980.

70- BURDEAU. (G) : dr. cons. Et. Inst. Poli, paris, 1972.

71 - CARRÉE DE MALBERG: Contribtion á la Théorie générale de l'etat, sirey, paris, 1921.

72- CHANTBOUT,droit constitutionnel et science politque, economica, paris, 1978.

73- DE LAUBADERE -VENEZIA - GAUDEMENT Traité de droit administratif, 11 éme éd, T.I.1990

74- DEMICHEL: le droit administraitif, paris, L.G.D.J.1978.

75- DURAND (CH): Confédération d'e fédéral, , 1955

76- DUVERGER (M) : Droit constitutionnel et institutions politques.

77- EISENANN, centralisation et Décentralisatin, paris, 1948

78- FOREL: étude sur la Souveraineté et l'etat Fédéral, thèse, Berne, 1886.

79- HAURIO(A:) , Gicqel .J; et GÉLARD (P): Droit constitutionnel et institutions politiques, éd. Montchrestien, paris, 1980.

80- HAURIOU (A): droit constitutionnel et institutions politiques.

81- HAURIoU (M): précis élémentaire de Droit administratif, 4 éme éd, paris, 1938

82- HERAND, de la décentralisation au Fédéralisme, in " la nouvelle décentralisation, sirey 1983.

83- HUSAIN AL BHRNA: The arabian gulf stats, 2 ed, beirout, 1975.

84- KELSEN : General theory of law and state cambridge, 1949.

85- KING (p) : Federalism and Federation, London, Croom Helm, 1982.

86- LAFÉRRIERE: manuel de droit constitutionnel, 1974.

87- LE FUR: ETAT Fédéral et confédération d'etats, thése , paris 1896.

88- Le FUR, la Théorie du droit naturel depuis le xvlle siécle et la doctrine moderne, 1927

89- Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, T.3, 3ème éd, paris, 1930.

90- PINTO (R):éléments de droit constitutionnel,2 éme éd Lille 1952.

91- PRÉLOT: inst. Poli. et dr. Const. paris, 1972.

92- RIVERO(J) : Fédéralisme ,e et décentralisation dans la structure de l'etat moderne, 1979.

93- RIVERO(J): Droit administratif, DALLOZ, 1977.

94- STRONG,(C.F.E.) Modern Political Constitutions, sidgwick and Jackson,London, 7 t h ed, 1963.

95- WALIN(M) : traité élémentaire de droit administratif,

الشروط الموضوعية

لوقف تنفيذ القرارات الإدارية

فى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ومحكمة العدل العليا الأردنية

«دراسة مقارنة»

إعداد

الدكتور/ موسى مصطفى شحادة *

---

* أستاذ القانون العام المساعد، رئيس شعبة البحوث القانونية والخبير بمركز البحوث والدراسات/ الشارقة.



ملخص البحث

يهدف هذا البحث إلى دراسة الشروط الموضوعية اللازمة لقبول طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة العدل العليا الأردنية. وتوصلت الدراسة إلى أن وقف التنفيذ لا يكون إلا بمواجهة قرار إداري نهائي، وأن يكون للطاعن مصلحة في ذلك، وأن يكون هناك ضرراً لا يمكن إصلاحه إذا تم تنفيذ القرار، وأن يبنى طلب وقف التنفيذ على أسباب جدية.

وخلصت الدراسة إلى دعوة القاضي الإداري الأردني بأن يوضح شرط الضرر والأسباب الجدية باعتبارهما الشرطين الأكثر أهمية في طلب وقف التنفيذ في حيثيات أحكامه، وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا المتضمنة جميع شروط وقف التنفيذ (الموضوعية والشكلية).

مقدمة عامة :

تمارس رقابة القاضي الإداري الفرنسي والأردني في دعوى الإلغاء بصورة لاحقة à posteriori على صدور القرار الإداري من قبل السلطة الإدارية المختصة، وذلك تطبيقاً لقاعدة " غياب الأثر الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري " . بمعنى أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري لا يوقف تنفيذها نظراً لما تتمتع به القرارات الإدارية من القوة التنفيذية الذاتية .La forcée de L'exécution، أو كما يقول العميد فيدل VEDEL قوة الشيء المقررة L'autorité de la chose decidée.[1]هذه القاعدة تجد أساسها ومنطقها في مبدأ أخر يقضي " بأن على الأفراد تنفيذ القرارات الإدارية، ومن ينازع في صحتها أن يلجأ إلى القضاء طالباً إلغاؤها ".

إلا أن تطبيق قاعدة " غياب الأثر الموقف للدعاوى " على إطلاقها سيؤدي إلى إلغاء دعوى الإلغاء ذاتها وشل أثار الحكم الصادر عنها، إذا ما قامت الإدارة بتنفيذ قرارها دون انتظار حكم القضاء في المنازعة، كأن تقوم الإدارة بإبعاد أحد الأجانب، أو منع طالب من دخول امتحان، أو منع موظف من دخول مسابقة وظيفية، أو هدم بيت أو محل تجاري. . . الخ. وهذا الأمر يمثل أهم المساوئ التي تترتب على إطلاق تطبيق هذه القاعدة[2] .

---

(١) VEDEL Georges, droit administratif, 3 ème éd. 1964 p. 169.

(٢) TOURDIAS Maurice, Le sursis à exécution des décisions administratives, thèse, Bordeaux, L.G.D.J., Paris 1957 pp. 5et suiv. ISAAC Guy , la procédure administrative non contentieuse, thèse , Toulouse , L.G.D. J., Paris 1968 pp. 190 etsuiv.

ولتلافي هذه المساوئ ابتدع الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا نظرية وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء إذا ما توافرت شروط موضوعيه وشكليه - كاستثناء على هذه القاعدة - تقنع القاضي بوقف التنفيذ.

إن نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري يماثل نظام القضاء المستعجل أمام القضاء العادي الذي يمكن الخصوم من استصدار أحكام مؤقتة دون مساس بأصل الحق إذا ما توافرت صفة الاستعجال في المنازعة المدنية أو التجارية المطروحة أمام المحكمة من جهة، وكذلك المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية من جهة أخرى[1]. والهدف الرئيسي من الأخذ بنظام وقف التنفيذ هو وقف نتائج يتعذر تدارك أضرارها إذا ما تم تنفيذ القرار المطعون فيه.

لقد اجتهد الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا في وضع مبادئ هذه النظرية، وتناولها بالتحليل ووضع آليات Mecanismes لتطبيقها لأهميتها القانونية والعملية، إلا أن هذه النظرية لم تلق الأهمية التي تستحقها في الأردن، ولم يتناولها الفقه الأردني بالدراسة والتحليل، ويطبقها القضاء الإداري الأردني دون أن يناقش شروطها، ويخلط في بعض الأحيان بين شروطها الموضوعية والشكلية، فأصبح لزاماً علينا أن نخصص بحثنا هذا لدراسة هذه النظرية في فرنسا والأردن لسد النقص في المكتبة القانونية وخاصة في الأردن. ولكن نظراً لتشعب موضوعات ومحتوى

(١) أبو الوفاء أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة عشرة، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٦ ص ٣٤٢ وما بعدها.

هذه النظرية ستقتصر دراستنا على الشروط الموضوعية لهذه النظرية دون أن تمتد إلى بحث الشروط الشكلية أو الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية . آملين أن تكون هذه الموضوعات مجالاً لأبحاث مستقبلية .

تأسيساً على ما سبق نرى دراسة هذا الموضوع وفق التقسيم التالى :

الفصل الأول : القرارات الإدارية بين التنفيذ ووقف التنفيذ.

المبحث الأول : تنفيذ القرارات الإدارية .

المبحث الثاني : وقف تنفيذ القرارات الإدارية .

الفصل الثاني : الشروط الموضوعية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية.

المبحث الأول : وجود قرار إداري نهائي (تنفيذي) .

المبحث الثاني : وجود مصلحة لطالب وقف تنفيذ القرار الإداري .

المبحث الثالث : توقي وقوع ضرر أو " نتائج يتعذر تداركها " .

المبحث الرابع : وجود أسباب جديه تبرر وقف تنفيذ القرارات الإدارية .

الخاتمة .

الفصل الأول
القرارات الإدارية بين التنفيذ ووقف التنفيذ

يعدّ القرار الإداري أفضل وأنجح وسائل القانون العام - وبصفة خاصة القانون الإداري - الذي تتسلح به السلطة الإدارية لممارسة نشاطاتها ووظائفها الإدارية لأنه يتيح لها إمكانية إصدار قرارات بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة المخاطبين بهذه القرارات.

لم يحدد المشرع الفرنسي أو الأردني تعريفاً معيناً للقرار الإداري، لهذا أصبح هذا الموضوع محلاً لاجتهادات الفقه والقضاء.

فقد عرَّف الفقيه فالين WALINE القرار الإداري بأنه " عمل قانوني يصدر عن هيئة إدارية أو هيئة خاصة لها امتيازات السلطة العامة ويكون موضوعه إدارياً ويصدر تنفيذا للقوانين أو لسلطات ممنوحة من الدستور "[١] . ويعرفه الفقيهان فيدل VEDEL وديلفولفيه DELVOLVE بأنه "عمل قانوني يصدر عن الإرادة المنفردة للإدارة بقصد التأثير على مركز قانوني معين عن طريق الالتزامات الذي يفرضها أو الحقوق الذي يمنحها "[٢].

---

(١) WALINE Marcel, droit administratif, 9 ème éd. S. 1963 pp .434 et suiv.

(٢) VEDEL G. et DELVOLVE Pierre, droit administratif, P. U. F., paris 1984 p. 247.

أما محكمة العدل العليا الأردنية فقد تبنت نفس تعريفات القضاء الإداري المصري للقرار الإداري، حيث عرفت القرار الإداري بأنه " إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني ابتغاء مصلحة عامة "[1] . وقد تبنت محكمة العدل العليا هذا التعريف في أحكامها المختلفة[2] .

وتتمتع القرارات الإدارية بالمفهوم السابق بقرينة السلامة، أي أنها تصدر مشروعة وصحيحة وتسري بحق الأفراد من تاريخ تبليغهم أو علمهم اليقيني بها إذا كانت فردية، ومن تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية إذا كانت تنظيمية (لائحية) . ويترتب على الأفراد واجب تنفيذها وعلى من ينازع في صحتها أن يلجأ إلى القضاء طالباً إلغاؤها (المبحث الأول) .

إلا أن المشرع والقضاء الإداريين أجازا وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء عن طريق القاضي الإداري - كاستثناء - وذلك لتوقي نتائج يتعذر تداركها أو جبرها فيما لو قامت الإدارة بتنفيذها (المبحث الثاني) .

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم٢٤٣/ ٩٠، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٩٠ ص١٠٥٤ .

(٢) محكمة العدل العليا، قرارات : ٥٢/ ٥٣، ٤٠/ ٦٢، ٨١/ ٦٤، ٨٧/ ٦٨، ١٤/ ٧٤، ٤٦/ ٧٧، ٨٢/ ٧٩، ١٣٢/ ٨٤، ١٨٥/ ٨٧، ٣٧/ ٩٠، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا ١٩٥٣ - ١٩٨٧ إعداد المحامي موسى الأعرج .

المبحث الأول
تنفيذ القرارات الإدارية

القاعدة العامة أن القرار الإداري يصبح نافذاً بمجرد صدوره من قبل الإدارة. ويتمتع القرار الإداري بقدر من الحصانة، وتفترض فيه الصحة والسلامة، وعلى من ينازع في ذلك أن يلجأ إلى القضاء طالباً إلغائه، وعليه يقع عبء إثبات العيب الذي يشوب القرار. وهذا ما أكدته محكمة العدل العليا في أحكامها المختلفة، ومنها حكمها الصادر في سنة ١٩٨٢، حيث قضت بأن " القاعدة هي أن القرار الإداري يعتبر سليماً إلى أن يقوم الدليل على أنه مخالف للقانون "[١].

وأكدت محكمة العدل العليا هذه القاعدة في أحكام حديثة نسبياً بقولها " أن القرار الإداري يبقى سليماً إلا إذا ثبت العكس "[٢].

وقد عبّر الفقيه الفرنسي ديباش DEBBASCH عن القوة التنفيذية للقرار الإداري بقوله: " إن القرار الإداري يحدث أثره القانوني ويكون له قوة تنفيذية من يوم صدوره، بغض النظر عن تنفيذه ماديا، أو الطعن فيه بالإلغاء "[٣].

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٧٣/ ٨٢ مجلة نقابة المحامين عدد ٢ سنة ١٩٨٣ ص١٧١.

(٢) محكمة العدل العليا قرار رقم ٩٧/ ٨٥، مجلة نقابة المحامين عدد ١، ٣ سنة ١٩٨٦ ص٢٢ وقرار رقم ٣/ ٨٦ مجلة النقابة عدد ١ سنة ١٩٨٧، ص ٧٩.

(٣) DEBBASCH Charles, droit administratif, 2 éme éd. Paris 1969 p.334.

بعد إعلان القرار أو نشره بصورة منتظمة، ينبغي على الأفراد المخاطبين به تنفيذه اختياريا. وتملك الإدارةسلطة تنفيذ قراراتها الإدارية بالطريق المباشر Exécution d`office دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حدود القوانين والأنظمة. وفي حالة امتناع الأفراد أو رفضهم تنفيذ القرارات الصادرة في مواجهتهم، فيحق للإدارة التنفيذ الجبري (Exécution forcée) عليهم باستخدام القوة المادية، شريطة أن يكون القرار محل التنفيذ مشروعاً ونافذاً، وألا تتجاوز الإدارة في تنفيذها للقرار الحدود الضرورية لتنفيذه.

ويتخذ تنفيذ القرار الإدارى صورتين :

- التنفيذ القانوني أو الفني للقرار، وهو التنفيذ الذي يؤثر في التنظيم القانوني القائم (L`ordonnancement Juridique) إما إنشاءً كقرار تعيين موظف، أو تعديلاً كترقية موظف، أو إنهاءً كقرار إحالة موظف على التقاعد.
- التنفيذ المادي للقرار وهو اتخاذ الإدارة الإجراءات التي تكفل تنفيذ القرار في الواقع المادي الملموس كقرار هدم منزل، أو إبعاد أجنبي.

ينتج عن القوة التنفيذية الذاتية للقرارات الإدارية قاعدة هامة تسمى في فرنسا بقاعدة " غياب الأثر الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري " . نعرض لمضمون هذه القاعدة وسندها القانوني، وخصائصها العامة، وأساسها أو مبرراتها في ثلاثة مطالب متتالية.

المطلب الأول
مضمون قاعدة " غياب الأثر
الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري " وسندها القانوني

القاعدة المستقرة في فرنسا والأردن أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لا يوقف تنفيذها . وتسمى هذه القاعدة أو هذا المبدأ ، " بالطابع غير الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري " أو " غياب الأثر الموقف للدعاوى " [1].

تجد هذه القاعدة أساسها وسندها القانوني في فرنسا لأول مرة في مرسوم ٢٢ تموز ١٨٠٦ (مادة رقم ٣) وأكدّها قانون ٢٤ أيار ١٨٧٢ (مادة رقم٢٤) وقانون ١٨ كانون الأول ١٩٤٠ (مادة رقم ٤٤).

وتم التأكيد على هذه القاعدة في المادة رقم (٤٨) من مرسوم ٣١ تموز ١٩٤٥ التي تنص على أنه " . . . ، لا يترتب على الطعن أمام مجلس الدولة أي أثر واقف ، إلا إذا صدر الأمر على خلاف ذلك من المجلس " وكذلك في المادة رقم (٩) من مرسوم ٣٠ أيلول ١٩٥٣ التي تنص على أنه " ليس للدعاوى أمام المحكمة الإدارية أثر واقف إلا إذا أمرت المحكمة على خلاف ذلك بصفة استثنائية . . . " .

---

(١) LAVAU M ., du caracére non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs, R.D.P., 1950 pp. 779 et suiv.

واستمر العمل بهذه القاعدة، ولم يؤثر على استقرارها صدور قانون إصلاح القضاء الإداري في ٣١ كانون أول ١٩٨٧ (بدأ تطبيقه في(١) كانون ثاني ١٩٨٩) الذي أنشأ بصفة أساسية المحاكم الإدارية الاستئنافية.

أما في الأردن فتجد هذه القاعدة أساسها وسندها في نص المادة رقم (١٠/ ٣/ ي) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (٢٦) لسنة ١٩٥٢ حيث قضت بأنه "لا يترتب على رفع الطلب إلى محكمة العدل العليا وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه.. "[(١)]

وأكدت المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (١١) لسنة ١٩٨٩ هذه القاعدة ولكن بصورة غير مباشرة حيث نصت على أن "للمحكمة أن تصدر أي قرار تمهيدي تراه مناسباً في الدعوى سواء عند تقديمها أو بعد المباشرة في النظر فيها بناء على طلب معلل من صاحب المصلحة من الطرفين بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً... "[(٢)].

يستفاد من هذا النص أن المبدأ هو عدم وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها أمام محكمة العدل العليا، والاستثناء هو وقف التنفيذ. بمعنى آخر أنه لا يترتب على الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أمام محكمة العدل العليا وقف تنفيذه إلا إذا

---

(١) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية عدد ١١٠٥، تاريخ ١٦/ ٤/ ١٩٥٢، ص١٥٩.

(٢) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية عدد ٣٦١٤، تاريخ ٩/ ٣/ ١٩٨٩، ص٤٦٠.

رأت المحكمة إصدار قرار مؤقت بوقف التنفيذ إذا ما توافرت شروط معينة.

تبنت المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ نفس الأحكام الواردة في المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا المؤقت لسنة ١٩٨٩[١].

المطلب الثاني
الخصائص العامة لقاعدة "غياب الأثر الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري"

تمتاز هذه القاعدة بالخصائص العامة التالية :

قاعدة ذات طابع سياسي، وقاعدة ذات مضمون عام، وأخيراً قاعدة تقليدية مستقرة وثابتة في القانون الفرنسي[٢].

أولاً : قاعدة ذات طابع سياسي : (Une régle d`ordre politique)

يرى الفقيه كودميه (GAUDEMET) بأنه لا يمكن تبرير قاعدة الأثر غير الموقف للدعاوى المرفوعة ضد القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري أو ردها إلى اعتبارات قانونية، وإنما تحكمها الاعتبارات السياسية بالمعنى الواسع لهذا المصطلح. ففي

---

(١) نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية عدد ٣٨١٣، تاريخ ٢٥/ ٣/ ١٩٩٢، ص٥١٦.

(٢) PHILPPET Chantal, Le sursis à exécution en droit administratif, thèse , Paris 1, 1981,pp. 10 et suiv; GAUDEMET Yves Le juge administratif et le prononcé du sursis, A.J.D.A,1982 p. 630.

العلاقات التي تثور بين الإدارة وقاضيها (القاضي الإداري) يتمتع هذا القاضي بنوع من السيطرة المعترف بها (Primauté reconnue)، حيث يستطيع التدخل في عمل الإدارة بطريق غير مباشر، فيصدر لها الأمر بوقف تنفيذ قراراتها مؤقتاً خلافاً للقاعدة التي تقضي بعدم تدخل القاضي الإداري في وظائف الإدارة سواء بإصدار الأوامر لها بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل[1].

وهكذا فإنه يجب عند تطبيق هذه القاعدة الأخذ بعين الاعتبار المعطيات السياسية للعلاقات التي تثور بين الإدارة وقاضيها الإداري واختصاصاتهما المتبادلة وانعكاسها على حقوق الأفراد من خلال وقف تنفيذ القرارات الصادرة في مواجهتهم من قبل الإدارة.

ثانياً: قاعدة ذات مضمون عام: (Une régle de portée générale)

تعتبر قاعدة الأثر غير الموقف للدعاوى من القواعد ذات المضمون أو المغزى العام في القضاء الإداري الفرنسي[2]، حيث تطبق هذه القاعدة أمام مجلس الدولة الفرنسي باعتباره قاضي أول وأخر درجة[3] وقاضي استئناف[4]، وقاضي

(١) GAUDEMET yv., op. Cit. P. 630.

(٢) CHAUDET J.P., les principes généraux de la procédure administrative contentieuse, L.G.D.J. paris. 1967 p. 307 et suiv.

(٣) C.E., 7 juillet 1819, lebourgeois.

(٤) T.C., 13 janvier 1958 Sté des ateliers de Wagons de Brignoud, Rec., Leb. P. 792; C.E., 8 juillet 1964, Min. des Trav. Publics/Sieur Crinque, Rec., Leb., p.391.

نقض[1].

وتطبق هذه القاعدة أيضا في دعاوى المعارضة (recours en opposition)أمام مجلس الدولة[2] وأمام المحاكم الإدارية[3]، ودعاوى معارضة الخصم الثالث (recours en tierce opposition)[4].

إلا أن المشرع الفرنسي قد أورد إستثناءات على تطبيق هذه القاعدة، فأجاز وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه أمام القضاء الإداري إذا كان النص يسمح بذلك. ومن الأمثلة على ذلك[5]:

١- المادة رقم (٤) من قانون (٢٩) كانون أول ١٨٩٨، والمادة رقم (٨٨) من مرسوم (٢٩) كانون أول ١٩٦٢ الخاصة بدعاوى الحسابات العامة.

٢- المادة رقم (١٣٢) من تقنين العائلة والمساعدات الاجتماعية، والمادة رقم (٧٥) من مرسوم (٢) أيلول ١٩٥٤ معدل بمرسوم ١٦ أيلول ١٩٧١ الخاصة بدعاوى المساعدات الاجتماعية.

٣- المادة رقم ٢٧ من تقنين التأمين، والمادة رقم (٨) من المرسوم بقانون رقم (١٤)

---

(١) C.E., 6 novembre 1929, Mas, Rec., leb. P. 951; 20 novembre 1959 , jaouen et Gliksman, s. 1961. 2, p. 343.

(٢) Décret du 22 juillet 1806 (art 29); loi du 28 décembre 1940 (art 66); ordonnannce du 31 juillet 1943 (art. 72).

(٣) Loi du 22 juillet 1889 (art. 55); Décrets du 30 séptember 1953 at du 10 avril 1959.

(٤) Décret du 22/7/1807 ; Lio du 18/12/1940 ; Ord. du 31/7/1945.

(٥) CHAPUS René, contentieux administratif , p.320 et suiv.

حزيران ١٩٣٨ في شركات التأمين الخاصة بدعاوى الاتفاقيات الثنائية بين شركات التأمين .

٤- المادة رقم ٨-٢٢١ . L من تقنين العمل الخاصة بالقرارات التي يصدرها المحافظون لتحديد يوم عطلة أخر في الأسبوع بالإضافة إلى يوم الأحد .

٥- المادة رقم (٥٦) من قانون رقم (٢٥) تموز ١٩٥٢ الخاصة بالدعاوى المرفوعة أمام اللجان المختصة بالفصل في طعون اللاجئين والمشردين ضد القرارات الصادرة بحقهم من المكاتب الفرنسية لحماية اللاجئين والمشردين .

ثالثا : قاعدة تقليدية مستقرة في القانون الفرنسي : Une tradition bien affirmée en droit francais.

تعتبر قاعدة الأثر غير الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري من القواعد المستقرة والثابتة في القانون الإداري الفرنسي [1]، حيث نص عليها المشرع الفرنسي لأول مرة في مرسوم (٢٢) تموز ١٨٠٦ . وتأكدت هذه القاعدة في قانون (٢٤) أيار ١٨٧٢ ، وقانون (١٨) كانون أول ١٩٤٠ ومرسوم (٣١) تموز ١٨٤٥ ، ومرسوم (٣٠) أيلول ١٩٥٣ ، ومرسوم (٣٠) تموز ١٩٦٣ .

(١) DUPUIS G., Les privilèges de L'Administration , 1962 N 5.

المطلب الثالث

أساس أو مبررات قاعدة " غياب الأثر الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري "

أرجع الفقه الفرنسي الأساس والمبررات التي تقوم عليها هذه القاعدة للأسباب التالية[١] .

أولاً : تعتبر هذه القاعدة نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات :

يرى جانب من الفقه أن هذه القاعدة تعتبر نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات (Corollaire de la séparation des pouvoirs) وخاصة السلطتين القضائية والإدارية، أي بين الإدارة والقضاء[٢] .

إن مبدأ الفصل بين الإدارة والقضاء يقضي بأن تكون رقابة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء رقابة لاحقة على صدور القرار من السلطة الإدارية، ويمتنع على القاضي التدخل في أعمال الإدارة، وذلك بإصدار الأوامر والتعليمات لها . فإذا كان رفع الدعوى إلى القضاء الإداري سيؤدي إلى وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، فهذا يعني تدخل القاضي في عمل الإدارة بطريق غير مباشر، وأن ذلك سوف يكون له نتيجة حتمية في تعديل مدى الرقابة التي سيمارسها بعد ذلك[٣] .

---

(١) HAURIOU Maurice. Précis de droit administratif , 12 ème éd 1933 p. 361; TOURDIS M ., op. cit p. 7 et suiv . PHILIPPET Ch ., op. cit pp. 19 et suiv.

(٢) PACTET M ., "Essai d'une théorie de la préuve devant la juridiction administrative , 1952 p.74 ; AUBY et DRAGO , traité de contentieux adm., L.G.D.J. Paris , 1962 p. 316.

(٣) AUBY et DRAGO , op. cip p.316 .

ثانياً : تنتج هذه القاعدة عن الامتيازات التى تتمتع بها الإدارة :

يعتمد هذا التبرير على نظرية العميد هوريو الخاصة بالقرار التنفيذي La décision exécutoire.[1] . وفقاً لهذه النظرية فإن القرارات الإدارية تتمتع بالقوة التنفيذية الذاتية من يوم صدورها، وإن الإدارة تملك سلطة القيام بنفسها بتنفيذ القرارات التي تصدرها دون حاجة إلى موافقة أصحاب الشأن، أو استئذان القضاء، وذلك لما تتمتع به من امتيازات عامة، وخاصة امتياز إصدار قرارات من جانب واحد تكون ملزمة للأفراد، وهو ما يعرف بامتياز القرار السابقLeprivilège de préalable.[2] .

أنتقد الفقيه شنو CHINOTنظرية القرار التنفيذي، ورفض الإقرار للإدارة بامتياز عام في هذا الشأن، لأن الأمر يتعلق باختصاص قانوني للإدارة يجبرها على إصدار القرارات الملزمة وليس بوجود مبدأ طبيعي[3] . وقد فرق هذا الفقيه بين القوة التنفيذية للقرار الإداري La force exécutoire والقوة الملزمة للقرار الإداري La force obligatoire، وقدرة الإدارة الفعلية على التنفيذ La faculté effective d`exécution. ، حيث يرى أن الإدارة لا تملك هذه الامتيازات الثلاثة إلا في الحالات التي يحددها القانون، وأنها ملزمة باللجوء إلى القضاء في الحالات الأخرى لكي

(١) HAURIOU, op. cit p. 361.

(٢) Ibid.

(٣) CHINOT M., Le privilège d'exécution d'office de L'administration, thèse Paris 1945 pp. 69 et suiv.

يأذن لها باستخدام القوة الجبرية للتنفيذ[1].

وقد انتقد هذه النظرية عدد من الفقهاء المحدثين وعلى رأسهم لافو LAVAU[2] وأوبي وديكوس أدر AUBY et DUCOS-ADER[3] وفيدل VEDEL[4] وأودين ODENT[5] وهوستيو HOSTIOU[6].

ثالثاً : تعتبر هذه القاعدة نتيجة لقرينة السلامة والصحة التى تتمتع بها القرارات الإدارية :

تجد قاعدة " الأثر غير الموقف للدعاوى " أساسها فيما يعرف بقرينة السلامة أو الصحة (Présoomption de régularité) التي تتمتع بها القرارات الإدارية.

في هذا الخصوص يؤكد الفقيه " جيز " (JEZE) الحاجة إلى وجود قرينة السلامة في القرارات الإدارية لصالح السلطات الإدارية[7]. وتبنى هذا الموقف أيضاً الفقهاء " ليوفو وهمونت " (LIET-VEAUX et HOMONT)[8] وفيل

---

(١) Ibid.

(٢) LAVAU, op. cit . pp. 779 et suiv.

(٣) AUBY J.M. et DUCOS- ADER, Les institutions administratives ,1973.

(٤) VEDEL G., précis de droit administratif , P.U.F., 1973 p. 173.

(٥) ODENT R., traité de contentieux administratif, 1970 p. 714.

(٦) HOSTIOU R., procédure et formes de l'acte administratif unilateral, L.G.D.J., 1975.

(٧) JEZE, " Essai d`une théorie générale sur la sanctio3n des irrégularités qui entachent les actes Juridiques, R.D.P. 1923, p. 249.

(٨) LIET- VEAUX et HOMONT, jurisclasseur de droit administratif, fascicule N 110.

(WEIL)[1] وروسيه (ROUSSET)[2].

رابعاً : تنتج هذه القاعدة عن اعتبارات الضرورة والاستعجال اللازمة للنشاط الإدارى :

تؤسس قاعدة " الأثر غير الموقف للدعاوى " على اعتبارات الضرورة (nécessité) والاستعجال (Urgence) اللازمة لنشاط السلطة الإدارية التي تهدف إلى إشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة.

يرى الفقيه كورميني (CORMIENIN) أن الطعن بالإلغاء في القرار الإداري أمام القضاء الإداري لا يوقف تنفيذه لأن نشاط الإدارة يحتاج إلى السرعة[3].

وقد عبَّر الفقيه لافو (LAVAU) عن هذه الاعتبارات العلمية بقوله إن إشباع المصالح العامة يستلزم أن تنفذ قرارات الإدارة بسرعة[4].

أخذ بهذا التبرير عدد من الفقهاء المحدثين ومن بينهم " بيزيه " (PEISER)[5]، وميجو MEJEAN[6] وأزاك (ISAAc)[7]

(١) WEIL p., les conséquences de l`annulation d`un acte administratif pour excès de pouvoir , thèse, paris 1952, N 7.

(٢) ROUSSET , l`idée de puissance publique en droit administratif, 1960 .

(٣) CORMIENIN,questions de droit administratif, 5 ème éd. 1840 p. 84 et 49.

(٤) LAVAU, op. N 58.

(٥) PEISER M., Contentieux administratif, Memento, D. 1947.

(٦) MEJEAN M., La procédure devant le conseil de préfecture, D., 1949 p. 231.

(٧) ISAAC, op. cit. N 11.

وخلاصة القول، فإن مبدأ انتظام سير المرافق العامة، وتحمل الإدارة عبء إشباع الحاجات العامة، يستلزم عدم تعرض قراراتها للتعطيل أو للتوقف فيما لو تم الطعن فيها أمام القضاء الإداري.

خامساً: تعتبر هذه القاعدة من القواعد الإجرائية البسيطة:

يؤكد جانب من الفقه الفرنسي على أن "قاعدة الأثر غير الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري" تعتبر قاعدة إجرائية بسيطة تخضع لنفس النظام القانوني الذي يحكم عريضة افتتاح الدعوى[1].

نص مرسوم ١٩٤٥ الخاص بمجلس الدولة على هذه القاعدة في الفصل الثالث "تنظيم إيداع العرائض" من الباب الثاني المعنون بـ "الإجراءات" procédures وكذلك نص تقنين المحاكم الإدارية على هذه القاعدة في الفصل الرابع "الأثر غير الموقف لعرائض افتتاح الدعوى" من القسم الثاني المعنون بـ "الإجراءات" procédures.

(١) DUPUIS, op. cit N 5; DEBBASCH, Contentieux administratif,D., 1975; CHAUDET J.P., OP. cit N 25 ; GALABERT. Etude de jurisprudence sur le rémémbrement foncier. A.J.D.A., 1962-1-p. 62.

المبحث الثاني
وقف تنفيذ القرارات الإدارية

أخذ الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء عند توافر شروط معينة، باعتباره إجراءً وقائياً (une méthode préventive)[1]. أو كما يقول الفقيه باكتو "PACTEAU" إجراءً تقنياً غير عادي وحيوي في نفس الوقت " Une téchnique à la fois anormal et vitale"[2].

إن تبني هذا النظام من قبل الفقه والقضاء الإداريين إنما كان بغرض تحقيق الأهداف التالية :

١- توقي نتائج يتعذر تدارك أضرارها إذا ما تم تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء من قبل الإدارة دون انتظار لصدور حكم القضاء.

٢- حماية مصالح المتقاضين. وهذا ما عبّر عنه مفوض الحكومة لوران (LAURENT) بقوله " إن وقف التنفيذ لم يؤسس على الاهتمام بمصالح السلطة العامة أو بالمصالح العامة للمجتمع، وإنما بهدف حماية المصالح الفردية للمتقاضين "[3].

---

(١) PHILIPPET, op. cit p. 34.

(٢) PACTEAU Bernard, contentieux administratif. P.U.F., Paris 1985 P.233.

(٣) Concl. LAURENT Sur C. E., 1 èr octobre 1954 , Min. des Finances, Rec., Leb. P.492.

٣- علاج البطء الشديد في الدعاوى التي ترفع أمام القضاء الإداري، حيث يستغرق الفصل فيها في بعض الأحيان ما بين سنتين إلى ثلاث سنوات[(١)].

لقد بدأ تطبيق نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في فرنسا منذ سنة ١٨٠٦ بينما بدأ تطبيق هذا النظام في الأردن منذ سنة ١٩٥٢ . نتتبع التطور التشريعي لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في فرنسا والأردن في مطلبين مستقلين :

المطلب الأول
التطور التشريعي لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في فرنسا

بدأ مجلس الدولة الفرنسي في ممارسة اختصاصاته القضائية بالحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية منذ القرن التاسع عشر بمقتضى مرسوم ١٨٠٦ ، وخاصة في مجال المنازعات الضريبية[(٢)] ، ومنازعات بوليس الأجانب[(٣)] .

بقي مجلس الدولة يمارس بمفرده هذا الاختصاص حتى إنشاء المحاكم الإدارية الإقليمية بمقتضى مرسوم ١٩٥٣ ، ثم امتد هذا الاختصاص إلى المحاكم الإدارية

(١) AUBY J.M. et DRAGO R., traité de contentieux administratif, L.G.D.J. Paris T.2; GLEIZAL J. Le sursis à exécution des décisions administratives, théorie et politique jurisprudentielle, A.J.D.A., 1975 p.p. 381 et suiv.

(٢) RICHER L., Le sursis en matière fiscale ..., J.C.P., éd. Commérce et industrie du 3 mai 1979, N 13014.

(٣) MOURGEON M.,aspect de la situation juridique des étrangers en droit anglais et fran cais, A.J.D.A., mai 1978, 1, p. 243.

الاستئنافية منذ ١٩٨٩ .

نصت المادة رقم (٣) من مرسوم ٢٢ تموز ١٨٠٦ على أنه " ليس للدعاوى أمام مجلس الدولة أي أثر واقف"[1] .

وقد تأكد هذا المبدأ في نص المادة رقم(٣/ ٢٤) من قانون ٢٤ أيار ١٨٧٢ حيث نصت على أنه "ليس للدعاوى التي تقام ضد قرارات السلطة الإدارية أي أثر واقف. . " وكذلك في نص المادة (٤٤) من قانون ١٨ كانون أول ١٩٤٠ ، ونص المادة رقم ٤٨ من مرسوم ٣١ تموز ١٩٤٥ المعدلة بمقتضى مرسوم ٣٠ تموز ١٩٦٣ سارية المفعول حيث نصت على أنه : "باستثناء النصوص التشريعية الخاصة، فإنه لا يترتب على الطعن أمام مجلس الدولة أي أثر واقف إلا إذا صدر الأمر على خلاف ذلك عن المجلس" . وعقد الاختصاص في هذا المضمار للقسم القضائي والجمعية العمومية بكامل هيئتها لذلك فإن مجالس الأقاليم لم يكن لها أي اختصاص بوقف تنفيذ القرارات الإدارية في نطاق الاختصاصات المحددة لها .

ثم امتد هذا الاختصاص إلى المحاكم الإدارية الإقليمية التي حلت محل مجالس الأقاليم بمقتضى مرسوم ٣٠ أيلول ١٩٥٣ . حيث منح هذا المرسوم المحاكم الإدارية سلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء في نطاق الاختصاصات المحددة لها وفي حدود معينة . في هذا الخصوص نصت المادة رقم(١/ ٩) من هذا

(١) C.E.., 20 juin 1812 , Bidard et Delmas C/ Giana-Roche, Rec., Leb. P. 351.

المرسوم على أن " ليس للدعاوى أمام المحكمة الإدارية أي أثر واقف إلا إذا أمرت المحكمة على خلاف ذلك بصفة استثنائية، ومع ذلك لا تستطيع المحكمة الإدارية - في أي حال من الأحوال - أن تأمر بوقف تنفيذ قرار يتعلق بالحفاظ علي النظام أو الأمن أو السكينة العامة " . وقد عدل مرسوم ٢٨ كانون ثاني ١٩٦٩ عبارة " النظام أو الأمن أو السكينة " بعبارة " النظام العام "[١] .

يتضح من هذه النصوص أن المشرع منع المحاكم الإدارية من الحكم بوقف تنفيذ أي قرار إداري يتعلق بالنظام العام . (.Order public)

وقد حدد قضاء مجلس الدولة مضمون عبارة " النظام العام " في الأمن العام (.Sécurité publique) والصحة العامة (.Hygiéne publique)، والسكينة العامة (Tranquilité Publique) . ومن الأمثلة على ذلك قررت المحكمة الإدارية عدم اختصاصها بوقف التنفيذ بشأن منح رخص البناء(.Pérmis de Construire)[٢] .

ثم صدر بعد ذلك مرسوم في أيار ١٩٨٠ ليمنح المحاكم الإدارية الحق في الحكم بوقف تنفيذ القرارات الإدارية المتصلة بالنظام العام طالما أنها تتعلق بدخول وإقامة الأجانب على الأراضي الفرنسية .

---

(١) تم تقنين نص المادة رقم ٩ من مرسوم ١٩٥٣ في المادة رقم ٩٦ . R من تقنين المحاكم الإدارية .

(٢) T.A. de Versailles, 18 mai 1954, Holer D., 1954 p. 379

وأخيراً امتد هذا الاختصاص إلى المحاكم الإدارية الاستئنافية التي أنشئت بمقتضى قانون الإصلاح القضائي (٣١) كانون أول ١٩٨٧ (بدأ تطبيقه في ١ كانون ثاني ١٩٨٩) . أعطى هذا القانون المحاكم الإدارية الاستئنافية الحق بوقف التنفيذ في نطاق اختصاصها بالنظر في دعاوى الاستئناف المتعلقة بالقرارات الإدارية الفردية، مع بقاء اختصاص مجلس الدولة كقاضي استئناف بالطعون ضد القرارات اللائحية .

المطلب الثاني
التطور التشريعي لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية في الأردن

أخذ المشرع الأردني بنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية منذ نشأة محكمة العدل العليا، أي منذ منح محكمة التمييز الحق بأن تنعقد بصفة محكمة تمييز ومحكمة عدل عليا في آن واحد .

نصت المادة رقم (١٠/ ٣/ ي) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ على أنه " لا يترتب على رفع الطلب إلى محكمة العدل العليا وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال المستدعى أن تأمر بوقف تنفيذ القرار مؤقتاً إذا رأت أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها . . " .

تبنى المشرع الأردني هذا المبدأ في المادة رقم ٢٠ من قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ . وأكدت ذات المبدأ المادة رقم(٢٠) من قانون محكمة

العدل العليا الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ التي نصت على أن " للمحكمة أن تصدر أي قرار تمهيدي تراه مناسباً في الدعوي سواء عند تقديمها أو بعد المباشرة في النظر فيها، وذلك بناء على طلب معلل من صاحب المصلحة من الطرفين، بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً، إذ رأت أن نتائج تنفيذه يتعذر تداركها، وللمحكمة أن تلزم طالب وقف التنفيذ بتقديم كفالة مالية وفقاً لما تقرره من حيث مقدارها وشروطها لمصلحة الطرف الآخر ولغيره ممن ترى المحكمة أن عطلاً وضرراً قد يلحق بهم إذا ظهر أن طالب وقف التنفيذ لم يكن محقاً في دعواه سواء بصورة كلية أو جزئية. "

استنادا إلى هذه النصوص طبقت محكمة العدل العليا نظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية دون أن تتطرق إلى تفصيلات وأحكام هذا النظام، واكتفت إما بتقرير وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وإما برفض وقف التنفيذ.

الفصل الثاني
الشروط الموضوعية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية

لم تحدد النصوص المنظمة لنظام وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام المحاكم الإدارية الفرنسية شروط وقف التنفيذ، بينما تطلبت المادة (٤/ ٥٤) من مرسوم (٣٠) تموز ١٩٦٣ الخاص بمجلس الدولة الفرنسي توافر شرطين أساسيين لوقف التنفيذ وهما:

- شرط توقي وقوع ضرر يتعذر إصلاحه.
- وشرط وجود أسباب جدية تبرر وقف التنفيذ.

وقد أكدّ مفوض الحكومة لوران بأن القضاء الإداري الفرنسي يتطلب اجتماع شرطين أساسيين لوقف تنفيذ القرارات الإدارية وهما:

- وجود ضرر بالغ.
- وتوافر أسباب جدية تبرر وقف التنفيذ[1].

في هذا الخصوص قرر مجلس الدولة بأنه "على الرغم من توافر الشروط الواردة في المادة رقم (٤/ ٥٤) من مرسوم ٣٠ تموز ١٩٦٣، فإن القاضي الإداري يتمتع بسلطة واسعة في تقرير وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه أو عدم وقف

---

(١) LAURENT, Concl. Sous C.E., 1 octob. 1954, Min. des Finances et des Affaires économiques c/Crédit Coopératif Foncier, Rec., Leb. P. 497.

التنفيذ "[1].

وفي الأردن، حددت المادة رقم ٢٠ من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ الشروط الواجب توافرها لوقف تنفيذ القرارات الإدارية. وتتمثل هذه الشروط في:

وجود قرار إداري تنفيذي (نهائي)، وجود مصلحة لطالب وقف التنفيذ وشرط توقي نتائج يتعذر تداركها في حالة تنفيذ القرار، وتوافر أسباب جدية في طلب وقف التنفيذ.

باختصار يمكن إجمال الشروط الموضوعية لوقف تنفيذ القرارات الإدارية في فرنسا والأردن بما يلي:

- وجود قرار إداري نهائي (تنفيذي).
- وجود مصلحة لطالب وقف التنفيذ.
- توقي وقوع ضرر أو نتائج يتعذر تداركها.
- وجود أسباب جدية تبرر وقف التنفيذ.

(١) C.E., 13 fèv. 1976, Assoc. de Sauvegarde du Quartier Notre Dame, Rec., Leb. P. 100; 19 junv. 1955, préfet de la Seine C/Assoc. Syndical des proprietair de la Ville Montmorency, A.J.D.A., 1955 p. 66; 17 juin 1955 Assoc. de Sauvegarde de Parc des sports, A.J.D.A., 1955 p. 288.

المبحث الأول
وجود قرار إداري نهائي (تنفيذي)

كقاعدة عامة فإن محل وقف التنفيذ هو القرارات الإدارية النهائية التنفيذية (Exécutoires) التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء مباشرة أمام القضاء الإداري.

يقصد (بنهائية) القرار الإداري، هو أن يكون القرار قابلاً للتنفيذ ومنتجاً لجميع أثاره القانونية ويتحقق هذا في صورتين:

١ - إما أن يصدر القرار من جهة لها حق إصداره دون أن يكون بحاجة إلى تصديق عليه من جهة أخرى.

وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري في فرنسا والأردن. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن "نهائية " القرار الإداري تتمثل في صدور القرار من جهة خولها القانون أو النظام سلطة إصدار قرارات دون حاجة إلى تصديق سلطة أعلى[1].

وهذا ما أخذت به محكمة العدل العليا الأردنية حيث تقول " بأن القضاء الإداري قد أستقر على اعتبار القرار "نهائياً" إذا صدر عن سلطة دارية دون حاجة إلى تصديق سلطة إدارية عليا. وأن القرارات الإدارية تصبح قابلة للطعن بالإلغاء فور

---

(١) C.E., 2 mars 1973, Synd. Nat. du Commérce en gros des équipements, A.J.D.A., 1973 p. 323; 23 octobre 1974, Valet A.J.D.A.., 1975 p. 363.

صيرورتها قابلة للتنفيذ[1] .

وفي حكم أخر قضت المحكمة "بأن القرارات التي يجوز لذوي المصلحة الطعن فيها أمام محكمة العدل العليا يجب أن تكون نهائية . والمقصود من القرار الإداري النهائي صدوره من سلطة إدارية مختصة بإصداره دون حاجة إلى تصديق من سلطة أعلي . . "[2] .

٢- أو أن يصدر القرار من جهة لها حق الاقتراح أو التنسيب أو التوصية، ولا يعتبر في هذه الحالة نافذاً إلا بعد أن يتلقى تصديقاً عليه من جهة يحددها القانون .

في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الأعمال التمهيدية أو التحضيرية كالاقتراحات والآراء والأمنيات والتقارير لا تعتبر قرارات إدارية نهائية[3] .

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٧٢/ ٥٥، مجلة نقابة المحامين عدد ٥ لسنة ١٩٥٦ ص ٢٧٠ .

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٦/ ٦٦، مجلة نقابة المحامين عدد ٤ لسنة ١٩٦٦ ص ٤٦٠، وقرار رقم ١١٧/ ٧٣، مجلة النقابة عدد ٨٧ لسنة ١٩٧٤ ص ٨٠٤، وقرار رقم ٤٥/ ٨٥ مجلة النقابة عدد ١١/ ١٢ لسنة ١٩٨٥ ص ١٦٧٤، وقرار رقم ٢١/ ٩٠ مجلة النقابة سنة ١٩٩٠ ص ٣٠٢، وقرار رقم ٢٤٣/ ٩٠، مجلة النقابة لسنة ١٩٩٠ ص ١٠٥٤ .

(٣) C.E., 24 mai 1957, chougny, R.D.P., 1958 p. 290; 13 juillet 1963, Dr. Soc. 1963 p. 629; 22 avirl 1977 , Pierron, A.J.D.A., 1977 p. 368.

وهذا ما تبنته محكمة العدل العليا الأردنية[1] .

وفي حكم أخر قررت المحكمة " أن توصية المتصرف بمصادرة المواد والمبالغ المضبوطة في أعمال التهريب لا تعتبر قراراً نهائياً لافتقاره إلى مصادقة رئيس الوزراء . . "[2] .

بناءً على ما تقدم فإن القرارات التي تحتاج إلى تصديق أو موافقة أو اعتماد أو تعقيب من سلطة أخرى أو من سلطة أعلى من السلطة مصدرة القرار لا تعتبر قرارات إدارية نهائية وبالتالي لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء ولا يمكن أن تكون محلاً لوقف التنفيذ .

وإذا كانت القاعدة أن الحكم بوقف التنفيذ لا يكون إلا بمواجهة القرارات الإدارية الإيجابية والصريحة (Décisions positives et expresses)، وهي القرارات التي تفرض التزامات معينة أو تمنح ترخيصات أو تتطلب أموراً معينة[3] . فالسؤال

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٤١/ ٦٠ مجلة نقابة المحامين ١٠٠٩ لسنة ١٩٦٠ ص٥٤٧ وقرار ٢٠/ ٦٩ مجلة النقابة عدد ٨،٧ لسنة ١٩٦٩ ص٦٢٠ .

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١١٧/ ٧٣ مجلة النقابة عدد ٢ لسنة ١٩٦٦ ، ص١٦٠ .

(٣) محكمة العدل العليا قرار رقم ٢٤٣/ ٩٠ ، سابق الذكر . أنظر على سبيل المثال : C.E., 27 juin 1930 Sieurs Finalile et autres, Rec., Leb. P. 668. (ترخيص لبناء عمارة) ; 30 Nov. 1954, Min. de la Réconstruction et de Logement , Rec. Leb. P.629. (قرار بالاستيلاء على عقار) 15 avril 1966 . sieur Pennec,Rec., Leb. P.261 (قرار شطب اسم طبيب من النقابة) .

الذي يتبادر للذهن فوراً هل يجوز وقف التنفيذ في القرارات الإدارية السلبية décisions négatives؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يتعين علينا أن نبين المقصود بالقرارات السلبية.

أولاً: مفهوم القرارات السلبية:

يكاد يجمع المشرع والفقه والقضاء في فرنسا والأردن على أن سكوت الإدارة أو رفضها أو امتناعها عن اتخاذ قرار من واجبها اتخاذه يعتبر في حكم القرارات الإدارية السلبية.

أكدّ المشرع الفرنسي هذه القاعدة في قانون ١٧ تموز ١٩٠٠، ومن بعده مرسوم ٣١ تموز ١٩٤٥ الخاص بمجلس الدولة وأخيراً مرسوم ٣٠ أيلول ١٩٥٣ الخاص بالمحاكم الإدارية. وبين الفقه مضمون ومدى هذه القاعدة، وميز بين ثلاث صور للقرارات الإدارية السلبية وهي: رفض السلطة الإدارية بمنح مزية، وعدم تجديدها ترخيصاً معيناً، وسحبها إذن سبق أن منحته لشخص معين [(١)]. وأخذ بهذه القاعدة مجلس الدولة الفرنسي بأحكامه المتعددة [(٢)].

---

(١) TALLINEAU LUCIL , Les actes particuliers non créateurs de droits ,Essai critique de la théorie des droits acquis en droit administratif , poitiers 1972 ; JEVIN P.S., Le sursis à exécution des décisions administratives en matière de Licenciement des représentants du personnel, D. Social 1978 p. 211; GLELE. M. A., Le sursis à exécution d'une décision administrative négative , A.J.D.A., 1970-4 p.p.2-18.

(٢) C.E., 20 avril 1956 , Ecole professionnelle , Leb . p. 163; 7 juin 1957, trois arrêts , Rec ., Leb . p 385.

أيضاً أكد المشرع والقضاء الإداري في الأردن هذه القاعدة. فقد نصت المادة رقم(١٠/ ٣/ و) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ على هذه القاعدة بقولها " . . . ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفاقاً للقوانين والأنظمة " . في هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا " . . . أن الفقرة (و) من البند الثالث من المادة العاشرة من قانون تشكيل المحاكم النظامية قد اعتبرت رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين والأنظمة في حكم القرارات الإدارية "[1] .

وأخذ بهذه القاعدة قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ في مادته رقم(١١) التي تنص على أنه " تحقيقاً للغايات المقصودة في هذا القانون يعتبر في حكم القرار الإداري رفض الجهة المختصة اتخاذ القرار أو امتناعها عن ذلك إذا كان يترتب عليها اتخاذه بمقتضى التشريعات المعمول بها " .

وتبنى قانون محكمة العدل العليا الحالي رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ في مادته رقم(١١) نفس النص الوارد في المادة (١١) من قانون المحكمة المؤقت رقم ١٩٨٩ المشار إليه أنفاً.

---

(١) محكمة العدل العليا قرار رقم ٢/ ٦٤، مجلة نقابة المحامين ٤، ٥ لسنة ١٩٦٤ ص١٩٤ وقرار رقم ٤٤/ ٧٥، مجلة النقابة عدد ٣، ٤ لسنة ١٩٧٦ ص ٤٦٠ ، وقرار رقم ٢١/ ٨١ مجلة النقابة عدد ٤ لسنة ١٩٨٢ ، ص٤٦٥ .

ثانياً: وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية:

كقاعدة عامة يرفض الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية. وقد لخص الأستاذ جليليه (GLELE) حجج وأساليب الفقه في رفض وقف تنفيذ القرارات السلبية في ثلاثة [1]:

١- السند القانوني: (Raison juridique)، يقوم هذا السند على النصوص القانونية الخاصة بالفصل بين السلطات القضائية والسلطات الإدارية، وبالتالي الفصل بين الوظائف الإدارية والوظائف القضائية. ومن الأمثلة على ذلك المادة (١٣) من قانون(١٦-٢٤أب ١٧٩٠)التي تنص على " أن الوظيفة القضائية مستقلة وستظل دائماً منفصلة عن الوظيفة الإدارية. ولا يمكن للقضاة بأي وجه من الوجوه أن يقوموا باستدعاء رجال الإدارة للمثول أمامهم بسبب يتعلق بأداء وظائفهم". وقد تأكد هذا المنهج في مرسوم فريكندور للسنة الثالثة للجمهورية، إذ كرر ذات الحكم الوارد بالمادة (١٣)من قانون ١٧٩٠.

تطبيقاً لهذه النصوص امتنعت المحاكم الإدارية عن استدعاء رجال الإدارة للمثول أمامها ومحاكمتهم، وبالتالي الحكم بوقف تنفيذ القرارات الصادرة عنهم.

كذلك امتنعت هذه المحاكم عن الحلول محل الإدارة في ممارسة اختصاصاتها أو إصدار أوامر إليها [2].

---

(١) GLELE, M.A., Le sursis ..., op. cit p. 161 et suiv.

(٢) C.E., 29 avril 1936, Damerauaix, Rec., Leb. P. 7431 (تنفيذ أعمال معينة): =

بالإضافة إلى ذلك فإن النصوص المنظمة لموضوع وقف التنفيذ لا تسمح إلا بوقف تنفيذ القرارات الإيجابية .

٢- السند المنطقي : (Raison logique) ، يرى الأستاذ جليليه أن وقف تنفيذ قرار إداري سلبي ما هو إلا بدعة ، لأن القرار السلبي ينفذ بنفسه وينتج جميع أثاره بمجرد صدوره ، بالإضافة إلى أن وقف التنفيذ يتضمن بطبيعته قراراً إيجابياً ، أي القيام بعمل ما كهدم عقار أو بناء منزل .

٣- السند العملي : (Raison pratique) ، يقوم هذا السند على أساس أن السلطة الإدارية بما تتمتع به من امتيازات القانون العام تكون الوحيدة القادرة في ضوء الوقائع والظروف على القيام بعمل ما أو السماح لفرد بالقيام بعمل ما ، وأن وقف التنفيذ سيؤدي حتماً إلى تعطيل حركة الإدارة أو إصابتها بالشلل .

أما القضاء الإداري في فرنسا فيرفض كقاعدة عامة وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية . فبعد أن قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكم له صدر في سنة ١٩٤٩ " وقف تنفيذ قرار صادر من مجلس نقابة الأطباء بمدينة بوردو الخاص برفض قيد السيد روسيه كجراح في سجلاتها بسبب تعاقده مع إحدى العيادت الطبية التعاونية بالمدينة بأجر أقل من الأجر التي حددته النقابة"[1] عاد المجلس وأصدر أحكاماً عديدة

= 1 juin 1951 , S.N.C.F., Rec., Leb. P. 313 (أمر بإعادة موظف إلى وظيفته) 25 ; novembre1953, Collado, Rec., Leb. P. 515. (الأمر بقبول عامل في مركز للدراسات الدارية العليا)

(١) C.E., 13 mai 1949, Rousset, Rec., Leb . p. 221.

رفض فيها وقف تنفيذ قرارات إدارية سلبية، وأصبح قضائه السابق مهجوراً. ومن الأمثلة على ذلك: رفض وقف تنفيذ قرار بعدم منح دبلوم جراحة أسنان للمدعي[١]، ورفض وقف تنفيذ قرار برفض تعيين أحد الأشخاص[٢] ورفض وقف تنفيذ قرار برفض تدخل اقتصادي[٣] ورفض وقف تنفيذ قرار برفض تصريح بالبناء[٤]، كما ورفض وقف تنفيذ قرار برفض إقامة أجنبي[٥].

ويبرر مجلس الدولة موقفه في رفض وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية بالاستناد على قاعدة "أن القاضي الإداري ليس له الصلاحية بإصدار أوامر إلى الإدارة"، بمعنى أن الحكم بوقف التنفيذ يعني أن القاضي قد أصدر أوامر إلى الإدارة بأن تقوم بعمل ما أو بالامتناع عن القيام بعمل ما وبالتالي يكون قد حل محلها[٦].

ويستثني مجلس الدولة من ذلك حالة تسبب القرار الإداري الرافض في تعديل المركز القانوني أو الواقعي لطالبه. فقد وافق مجلس الدولة على وقف تنفيذ قرار

---

(١) C.E., 20 janvier 1965 , Roussau, Rec., Leb . PP. 1017-1032.

(٢) C.E., 20 janvier 1975 , Nataf et Ferrari, Rec., Leb. P. 381.

(٣) C.E., 31 mai 1978, Marabuto, Tab. P. 912.

(٤) C.E., 10 mars 1978 , Epoux Vatnikaj, A.J.D.A., 1979 p. 44.

(٥) C.E., 27 janvier 1984, Eksir et autres, Rec., Leb. P. 30.

(٦) PACTEAU B. OP. cit p. 239.

يتعلق برفض انضمام أشخاص إلى جمعية[1]، وعلى وقف تنفيذ قرار يتعلق برفض تمديد إقامة شخص أجنبي[2]، وعلى وقف تنفيذ قرار يتعلق برفض إعادة رخصة قيادة إلى صاحبها[3]، وعلى وقف تنفيذ قرار يتعلق برفض وقف تنفيذ قرار يتعلق بدفع ضريبة[4].

وقد أخذت المحاكم الإدارية في فرنسا بهذه القاعدة، فقضت المحكمة الإدارية لمدينة نانسي بقبول وقف تنفيذ قرار يتعلق برفض تسجيل سيدة في نقابة الحلاقين[5].

في الأردن، فإن التشريعات المنظمة لوقف التنفيذ، وخاصة المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا الحالي لا تسمح إلا بوقف تنفيذ القرارات الإيجابية. من جهته فإن الفقه الأردني لم يتناول هذا الموضوع لا من قريب أو بعيد.

أما القضاء الإداري الأردني ممثلاً في محكمة العدل العليا فيرفض كقاعدة عامة وقف تنفيذ القرارات الإدارية السلبية الرافضة لطلبات أصحاب الشأن. في هذا الخصوص قضت المحكمة " بأن قانون تشكيل المحاكم النظامية (م١/ ٣/ج) لا يجيز

---

(١) C.E., 21 octobre 1970, Beauvoir et leiris, A.J.D.A.., 1970 p. 609.

(٢) C.E., 1 juillet 1977. M'sirdi, Tab. p. 915.

(٣) C.E., 31 mai 1978 , Fourquet, Tab. P. 912.

(٤) C.E., 10 février 1984 , Min. de Budget c/So. Venutolo. 2 esp, Rec., Leb .p.62.

(٥) T.A. de Nancy, 28 mai 1954 , X C/Ministre de Commerce,A.J.D.A., 1954 P. 285
T.A.de Lille, 20 avril, 1954, Lutun c/Min. de L`agriculture, D., 1954, p. 320.

لصاحب المصلحة الطعن في القرارات السلبية الصادرة برفض تعيينه في الوظيفة[1].

يستفاد من ذلك بأن محكمة العدل العليا مثلها مثل القضاء الإداري في فرنسا ترفض الفصل في الطعون المقدمة ضد القرارات الإدارية السلبية وبالتالي ترفض وقف تنفيذها، مستندة على قاعدة أن القضاء لا يحق له إصدار أوامر إلى الإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين، وبالتالي الحلول محلها.

غيَّر أن المحكمة تشترط أن لا يسبب قرار الرفض تعديل في المركز القانوني أو الواقعي لطالبه وإلا فإنها تقرر منحه. في هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية المتضمن الامتناع عن منح التصاريح لصاحب نادي سميراميس الليلي الخاص باستقدام الفنانين للعمل لديه[2].

---

(١) محكمة العدل العليا: قرار رقم ٢٦/٥٦، مجلة نقابة المحامين عدد ٥ سنة ١٩٥٦، ص ٢٦٧، قرار رقم ٧٣/٨٦ مجلة النقابة عدد ٣، ٤ سنة ١٩٨٧، ص ٥٣٤، وقرار رقم ١٥٩/٨٨ مجلة النقابة سنة ١٩٨٩، ص ٢٣٨٧.

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١١٨/٩٦، صدر في ٨/٥/١٩٩٦، غير منشور.

المبحث الثاني
وجود مصلحة لطالب وقف التنفيذ

من المبادئ المستقرة في مجال التقاضي أمام القضاءين العادي والإداري أن المصلحة مناط الدعوى، أو وفقاً للقاعدة العامة " أنه حيث لا مصلحة فلا دعوى " . ومفاد هذه القاعدة، أنه يشترط أن يكون لرافع الدعوى منفعة أو فائدة، يمكن أن تتحقق في حالة إجابته إلى طلباته .

وتعتبر المصلحة كشرط لقبول دعوى الإلغاء والطلبات المتفرعة عنها كالتدخل في الدعوى وطلب وقف التنفيذ الضابط لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها القانون لها .

فقد تطلب القانون والقضاء توافر شرط المصلحة في الطاعن الذي يستطيع في نفس الوقت طلب وقف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن . فمن جهة نصت المادة رقم(٩/ ج/ ح) من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢سنة ١٩٩٢ على انه " لا تقبل الدعوى المقدمة من أشخاص ليست لهم مصلحة شخصية " وأكدت المادة رقم (٢٠) من هذا القانون الناظمة لموضوع وقف التنفيذ شرط المصلحة بقولها " للمحكمة أن تصدر أي قرار تمهيدي تراه مناسباً في الدعوى سواء عند تقديمها أو بعد المباشرة في النظر فيها وذلك بناء على طلب معلل من صاحب المصلحة من الطرفين بما في ذلك وقف تنفيذ القرار المطعون فيه مؤقتاً. . " .

ومن جهة أخرى تطلب القضاء الإداري في فرنسا والأردن أن يكون للطاعن مصلحة شخصية ومباشرة مادية كانت أم أدبية لأن " دعوى الإلغاء ليست شخصية بل عينية، القصد منها فحص مشروعية القرار الإداري ورد الإدارة إلى جادة الحق تحقيقاً للمصلحة العامة "[1].

تطبيقاً لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي: قبول الطعن المقدم من ممول الضرائب في البلدية ضد القرار الصادر من المجلس البلدي والذي يؤثر سلباً في ميزانية البلدية[2]، والطعن المقدم من ممول الضرائب في المحافظة[3]، والطعن المقدم من أحد الأشخاص الذين يستعملون مخيماً معيناً ضد القرارات الخاصة بتنظيم التخييم[4]. والطعن المقدم من رئيس إحدى المراكز الصحية ضد القرار الصادر من مجلس إدارة هذا المركز الخاص بإنشاء وحدة صحية فيه لإجراء عمليات الإجهاض باستخدام أطباء في هذا القسم[5]، والطعن المقدم من ممول الضرائب ضد القرار الصادر من محافظ مدينة باريس القاضي بإضافة مصاريف الدفاع إلى حساب

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٠١/٨٦، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٨ ص٦٦.

(٢) C.E, 20 mars 1901 , Casanova, Rec., Leb., p. 333 .

(٣) C.E., 27 janvier 1911 , Richemond, Rec., Leb. P. 105 ; 24 juin 1932. Calandou Diouf et Martin, Rec., p.150.

(٤) C.E., 14 fev. 1958 , Abisset, Rec.,Leb. p. 98; 28 mai 1971 , Damasio, Rec., Leb. P.391.

(٥) C.E., 8 janv. 1982, Lambert, Rec., Leb., P. 17; 29 oct. 1976. Touillon Prommeretetsion, Rec., Leb.p. 453.

الاعتمادات المفتوحة في ميزانية هذه المدينة[1] .

في هذا الخصوص قضت محكمة العدل العليا «بأنه يكفي لمخاصمة القرار الإداري في دعوى الإلغاء أن يكون لرافعها مصلحة شخصية يؤثر فيها القرار تأثيراً مباشراً»[2] . وفي حكم أخر قضت المحكمة «من المبادئ المقررة أن من شروط دعوى الإلغاء توفر شرط المصلحة لرفع الدعوى وأن تكون هذه المصلحة شخصية مباشرة، وبناء على ذلك فلا مصلحة لورثة المستدعي الذي توفي أثناء السير في دعوى الطعن بالقرار المتعلق بفرض عقوبة تأديبية ضده من مهنة مجلس تدقيق الحسابات» بإدخالهم بالقضية لأن العقوبة المفروضة شخصية تتعلق بشخص المتوفى ولا نيابة في العقوبة[3]. وقضت أيضا «بأن القرار الصادر عن وزير الصحة بالموافقة على منح تصريح فتح مختبر طبي خاص بمدينة السلط من شأنه أن يلحق ضرراً مادياً بالمستدعي بوصفه طبيباً يملك مختبراً طبياً في نفس المدينة وعليه تكون مصلحته للطعن بهذا القرار قائمة وثابتة»[4] . «وأن فصل المستدعين من الجمعية العمومية للنقابة العامة للعاملين بالنقل

(١) C.E., 30 mars 1943, Legrette et autres, Rec., Leb. P. 60.

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٩٧/ ٨٤، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٨٤ ص ٢٠١ .

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٢٠/ ٨٧، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٩ ص ١٦١ . أنظر في نفس المعني قرار رقم ٢٠٩/ ٩١، مجلة النقابة سنة ١٩٩٢ ص ٤٢٢ .

(٤) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٩٩/ ٩٥، مجلة نقابة المحامين عدد ٤، ٥ سنة ١٩٩٦ ص ٧٠٤ .

البري والميكانيك لا يوفر لديهما شرط المصلحة للطعن في انتخابات رئيس النقابة»[1]. وقضت «بأن للمستدعين مصلحة شخصية ومثارة في الطعن باعتباره يمس مراكزهم القانونية ما دام وأن لديهم تصاريح قانونية ومن شأن منح الغير تصاريح على ذات الخط منافسة المستدعين»[2]. وقضت كذلك «بأنه يكفي أن يكون للطاعن مصلحة ذاتية ومباشرة، سواء أكانت هذه المصلحة مادية أم أدبية»[3] «وأكدت مصلحة أحد الأحزاب السياسية في الطعن المقام لمخاصمة مشروعية قرار وزير الداخلية بإقامة المهرجانات والندوات والخطابات في الحمة الانتخابية النيابية»[4].

وقد قبل الفقه والقضاء الإداريين المصلحة المحتملة للطاعن شريطة، أن تكون هذه المصلحة واضحة المعالم وأن المساس بمركز المدعي محتمل الحدوث بشكل كاف[5].

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣١٤/ ٩٥، مجلة نقابة المحامين، سنة ١٩٩٦ ص ١٦٨٥ أنظر في نفس المعنى قرار رقم ١٥٩/ ٩٥، المجلة سنة ١٩٩٦ ص ٧٨٨

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣٥/ ٩٦، صدر بتاريخ ١١/ ١/ ١٩٩٧ غير منشور، في نفس المعنى قرار رقم ٣٦٣/ ٩٦، صدر بتاريخ ١٦/ ٣/ ١٩٩٧ غير منشور، وقرار رقم ٣٠٨/ ٩٦ صدر بتاريخ ١٩/ ٣/ ١٩٩٧ غير منشور، وقرار رقم ٣٧٦/ ٩٦، صدر بتاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٩٧ غير منشور.

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٠٨/ ٥٦، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٥٩ ص ٣٩٩. أنظر أيضاً قرار رقم ٢٠٩/ ٩١ سبق ذكره، وقرار رقم ١٢٠/ ٨٧ مجلة النقابة سنة ١٩٨٩ ص ١٦١، وقرار صدر في ٣٠/ ٧/ ١٩٨٧ مجلة النقابة ص ١٢١٣.

(٤) محكمة العدل العليا، قرار صدر في ٢٨/ ١٠/ ١٩٩٣، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٤ص٨٨.

(٥) DEBBASCH Ch. et RICCI J. CL., Contentiux administratif, Dalloz 1986 Concl. Longe , sous C.E., 14 fev. 1958 Albert.

في هذا الخصوص قبل مجلس الدولة الفرنسي طعناً قدمه أحد أصحاب الفنادق السياحية ضد قرار وزير التعليم الوطني، الذي يتضمن تحديد العطلة المدرسية نظراً لأنه يحتمل أن يؤثر تحديدها تأثيراً ضاراً على نشاط الفنادق[1].

اعتدت محكمة العدل العليا الأردنية بالمصلحة المحتملة حيث قضت " لا يشترط أن تكون مصلحة المدعي مؤكدة بل يكفي أن تكون مصلحة محتملة، وحيث أن الشركة المستدعية تحمل ترخيصاً لتسيير باصاتها على نفس الخط الذي حصل المستدعي ضدهم على تراخيص لتسيير باصات سياحية عليه، فإن ذلك يرتب له مصلحة محتمله لأنه من المحتمل أن تكلف من الشركة صاحبة الامتياز بنقل ما فاض عن استيعاب سياراتها من السياح في سياراتها التي تسير على الخط نفسه،[2]. وقضت أيضاً بقبول الطعن المقدم من أحد المقاولين المشتركين في مناقصة ضد قرار إحالة العطاء على مقاول أخر[3] والطعن المقدم من أحد الموظفين ضد القرار الصادر بترفيع موظف آخر في نفس الدرجة[4]. وفي حكم حديث قررت المحكمة "بأن

(١) C.E., 28 mai 1971 , Damasio , Rec., Leb. P. 391.

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٩١/ ٦٨ مجلة نقابة المحامين عدد ٦٦٤ سنة ١٩٦٩ ص١٣٢٩.

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣٦/ ١٩٦٣، مجلة نقابة المحامين، غير منشور.

(٤) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٢٦/ ١٩٥٦، مجلة نقابة المحامين، عدد ٥ سنة ١٩٥٦ ص ٢٦٧. أنظر أيضاً قرار رقم ٣٢/ ٨٣، مجلة النقابة عدد ١٠-١٢ سنة ١٩٨٣ ص ١٣٨٣ وقرار رقم ١١٥/ ٨٣ المجلة عدد ١ سنة ١٩٨٤ ص ١٢، وقرار رقم ٢١/ ٨٦ مجلة النقابة عدد ١ سنة ١٩٨٧ ص ٤٠.

المستدعى ضدها لها مصلحة في الخصومة بالدعوى لأن القرار الذي سيصدر سيؤثر على مركزها القانوني سواء سلباً أو إيجاباً[1].

أيضاً استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن تكون مصلحة الطاعن مشروعة يحميها القانون. تطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن " مستأجر الفندق الذي لم يجدد عقد إيجاره مع إمكانية ذلك، يعتبر مقيماً فيه بغير وجه حق، أي بصورة مخالفة للقانون ومن ثم فإن استغلاله للفندق وشغله له بهذه الصورة لا يعطيه المصلحة في طلب إلغاء الترخيص الذي منحه عمدة مدينة نيس لشركة الأعمال للتشييد والبناء لتحويل الفندق إلى شقق سكنية "[2]. كذلك استقر اجتهاد محكمة العدل العليا على أن المصلحة التي يدافع عنها الشخص سواء كان مالكاً أو مستأجراً أو موظفاً أو زوجاً أو مهنياً.. الخ. يجب أن تكون مشروعة ومتفقة مع النظام العام. في هذا الخصوص قضت المحكمة "..من حيث المصلحة فإن المستدعين يملكان قطعتي الأرض اللتين جرى استملاكهما بمجرد صدور القرار المطعون فيه وهي تشكل مصلحة لهما مشروعة يعول عليها في مزاولة نشاطهما..."[3].

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣٣٨/ ٩٦ صدر بتاريخ ٦/ ٤/ ١٩٩٧ غير منشور.

(٢) C.E., 27 fév. 1985, Soc. Anonyme gorrands et autres, A.J.D.A., 4 1985 p. 235.

(٣) محكمة العدل العليا، قرار صدر في ٢٩/ ١٠/ ١٩٨٣، مجلة النقابة عدد ٤، ٥ سنة ١٩٨٥ ص ٤٨٥، وقرار صدر في ٣/ ١٠/ ١٩٨٤، مجلة النقابة سنة ١٩٨٥ ص ٢١.

بقي أن نشير إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بقيام المصلحة وقت رفع الدعوى دون اشتراط استمرارها إلى حين الفصل فيها . فإذا زالت المصلحة بعد رفع الدعوى فأنه يستمر بنظرها حتى الفصل فيها . فإذا زالت المصلحة بعد رفع الدعوى فإنه يستمر بنظرها حتى الفصل فيها . تأكيداً لذلك قضى مجلس الدولة " . . وحيث أنه بعد تقديم الدعوى ألغيت وظيفة وكيل إدارة التوظيف ، وتم نقل السيد Sourdet إلى وظيفة أخرى ، هذا الظرف لا يترتب عليه حرمان الجمعية المدعية من المصلحة في الطعن أو جعل دعواها غير ذي موضوع "(١) . وفصل مجلس الدولة في هذه الدعوى على الرغم من زوال مصلحة الجمعية بنقل السيد المذكور .

أما محكمة العدل العليا فتقدر المصلحة وقت رفع الدعوى وتشترط استمرارها حتى الفصل فيها ، فإذا زالت المصلحة قبل صدور الحكم فإنها تقضي بعدم الاستمرار فيها . ففي قرارها رقم ٤٣/ ٨١ قضت المحكمة " بأن دعوى الإلغاء وإن تميزت بأنها دعوى عينية . . . ، إلا أن هذه الدعوى لا تخرج عن كونها خصومة قضائية خلال توافر شرط المصلحة في رافعها وقت رفعها واستمرار هذا الشرط خلال الخصومة إلى أن يفصل فيها " (٢) . وفي حكم حديث أكدت المحكمة " بأنه لا يكفي لقبول دعوى

(١) C.E., 6 fév. 1970, sourdet, Rec., Leb .p. 89.

(٢) مجلة نقابة المحامين عدد ٤ سنة ١٩٨٢ ص ٤٥٤ . أنظر في نفس المعني : قرار رقم ١١٥/ ٨٣ ، مجلة النقابة عدد ١ سنة ١٩٨٤ ص ١٢ ، قرار رقم ١٤٦/ ٨١ ، مجلة النقابة عدد ٨ سنة ١٩٨٢ ص ١٠٨٩ ، وقرار صدر في ٣٠/ ٦/ ١٩٨٧ ، مجلة النقابة سنة ١٩٨٨ ص ١٢١٣ .

الإلغاء توافر شرط المصلحة وقت رفعها بل يجب أن يظل هذا الشرط قائماً حتى الفصل فيها، ولما كانت مصلحة المستدعية قد انقضت بإعطائها وصفاً أفضل مما يحققه لها إلغاء القرار الطعني فتكون الدعوى مستوجبة الرد "[1].

ويرى جانب من الفقه الإداري أن شرط المصلحة الشخصية والمباشرة كشرط موضوعي واجب لقبول الدعوى يتعلق بالنظام العام، ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى[2]. وتأكدَّ هذا المسلك في أحكام مجلس الدولة الفرنسي[3].

المبحث الثالث
توقي وقوع ضرر أو " نتائج يتعذر تداركها "

يحتل شرط الضرر "La condition de préjudice" المرتبة الأولى بين الشروط الموضوعية اللازمة لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري سواء في أحكام القضاء الإداري في فرنسا أو الأردن[4]، بمعنى أن شرط الضرر يتم فحصه في البداية وتقديمه على

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٧٤/ ٩٥ مجلة نقابة المحامين عدد ٨،٧ سنة ١٩٩٦ ص١١٦٣٠.

(٢) جمال الدين، سامي، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤ ص ١٥٧ وشنطاوي، علي خطار، القضاء الإداري الأردني، مطابع المركز العربي للخدمات الطلابية، الطبعة الأولى ١٩٩٥ ص ٣٦٣.

(٣) C.E., 16 juin 1958, Rec., Leb. P. 313.

(٤) اتبع مجلس الدولة الفرنسي هذا المسلك منذ صدور مرسوم ١٩٥٣ الخاص بمجلس الدولة بعد أن كان يتصدى للأسباب الجدية أولاً خلال القرن التاسع عشر وحتى =

شرط الأسباب الجدية، ويعود ذلك إلى سهولة وسرعة فحصه من الناحية الواقعية قبل التصدي للأسباب الجدية المبررة لوقف التنفيذ[1]. وهذا ما دفع مفوض الحكومة (Heurte) للقول بأن شرط الضرر أصبح بمثابة شرط القبول في وقف التنفيذ[2]. وتأكد هذا المسلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى برفض وقف التنفيذ لعدم وجود ضرر لا يمكن إصلاحه رغم توافر الأسباب الجدية في طلب وقف التنفيذ[3].

ويعني هذا الشرط أن ضرراً يخشى وقوعه إذا ما قامت الإدارة بتنفيذ قرارها المطعون فيه بالإلغاء، الأمر الذي يتعين فيه على القاضي الإداري أن يحكم بوقف التنفيذ منعاً لوقوع هذا الضرر.

= منتصف القرن العشرين، بينما اتبعت محكمة العدل العليا فحص الضرر أولاً منذ صدور قانون تشكيل المحاكم النظامية في سنة ١٩٥٢.

(١) C.E., 19 janv. 1955, préfet de la siene. Rec., Leb. P. 35.

(٢) Concl. Sur arrêt de T.A. marseille. 7 oct. 1955. Soc. Comm. Des Riz et legumes secs, A.J.D.A., 1955 II p. 440.

(٣) C.E., 3 Fev. 1956, petalas, A.J.D.A., 1956 p. 46; 13 juill. 1956, Soc.Rhone- poulene. A.J.D.A., 1956 p. 364.

المطلب الأول
شرط الضرر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي

عبرّ المشرع الفرنسي من خلال نص المادة رقم (٥٤) فقرة(٤) من مرسوم ٣٠ أيلول ١٩٥٣ الخاص بمجلس الدولة عن هذا الشرط بقوله أن الضرر المبرر لوقف التنفيذ هو الضرر الذي يؤدي إلى " نتائج يصعب إصلاحها (des conseqéuences difficilement réparable).

واستخدم مجلس الدولة الفرنسي عدة أوصاف للضرر المبرر لوقف التنفيذ في أحكامه المختلفة [1] فقد استعمل تعبير " الضرر الحقيقي والجسيم (préjudice réel et considérable.)[2]".

وتعبير " ضرر بالغ " (prejudice grave).[3]، وتعبير "نتائج خطيرة " (inconvenients graves)[4]، وتعبير " ضرر حقيقي ولا يمكن إصلاحه " (Préjudice réel et irreparable.)[5] وتعبير " ضرر بالغ ولا يمكن إصلاحه "

---

(١) PHILIPPET ch., le sursis à exécution. Op. cit. Pp. 266 etsuiv .

(٢) C.E., 13 juill. 1822, muteau, Rec, Leb.p. 138;21 juin 1926, Cugnon, Rec., lep.p.302.

(٣) C.E., 13 mai 1872, Vve Ledouy, Rec, Leb. P. 307.

(٤) C.E., 28 Déc. 1917, Dadolle.Rec,Leb. P.883.

(٥) C.E., 14 Fév. 1834, Commune de bray ..., Rec., Leb.p. 133.

(préjudice grave et irréparable)[1]، وتعبير " خلل لا يمكن إصلاحه "[2] (un trouple irréparable.)، وتعبير " الضرر الذي يصعب إصلاحه " (un préjudice difficilement réparable.)[3] وقد استخدمت المحاكم الإدارية في فرنسا ذات المصطلحات التي استعملها مجلس الدولة لوصف الضرر المبرر لوقف التنفيذ. فاعتبرته بأنه الضرر الذي يؤدي إلى " نتائج لا يمكن إصلاحها "[4]، أو " الضرر البالغ "[5]، أو " النتائج الضارة "[6]، أو " الخلل المستمر "[7]، أو الضرر الذي يصعب إصلاحه[8].

وأصدر مجلس الدولة العديد من الأحكام الذي قضى فيها بوقف التنفيذ اعتماداً على شرط الضرر. في هذا الخصوص قضى مجلس الدولة بوقف تنفيذ القرار

(١) C.E., 30 Déc. 1829, Cognet, Rec Leb. P.507.

(٢) C.E., 13 Mai 1949, Rosset, Rec, Leb. P. 221.

(٣) C.E., 26 Fev. 1982, Hugloet autres, Rec., Leb. . P. 19 .

(٤) C,E., 2 Juill. 1982, Hugloet autres, Rec., Leb. P. 257.

(٥) T.A., de lille, 26/3/1954, Callonne; 22/3/1954, S.A.R.L.Westeel;22/3/1954 .Baudart. T.A. de Toulouse, 8/4/1954, p.c/secretaire de L'Etat à la guerre, 54-2 302.

(٦) T.A. de paris, 30/7/1954, Credi cooperatif foncies, A.J.D.A., 1954 p.420.

(٧) T.A. de Marsiell, 7/10/1955, R.A., 1955 p. 626.

(٨) T.A. de paris, 9/9/1954 precité.

الصادر بإبعاد أحد الأشخاص لمطالبته بالجنسية الفرنسية [١]، والقرار الصادر بتسليم أحد الأشخاص [٢]، والقرار الصادر بإبعاد أحد الأشخاص [٣]، والقرار الصادر بهدم أحد المواقع التاريخية [٤]، والقرار الصادر بإحداث تغيرات على مواقع أثرية [٥]، والقرار الصادر بإتلاف مناطق حرجية [٦]، والقرار الصادر بحل إحدى الجمعيات [٧]، وحل إحدى العيادات التعاونية [٨]، وحل أحد المجالس البلدية [٩]، والقرار الصادر بمنح رخصة بناء [١٠]، والقرار الصادر بمنع أحد الأشخاص من ممارسة مهنة الطب [١١] والقرار الصادر بإغلاق أحد المصانع [١٢].

---

(١) T.A. de Nancy, 28 mai 1954, Dame Xc/Min. de commerce, Rec., p.427 .

(٢) C.E., 24 janvier 1908, solari, D.P.1909-3-p.83.

(٣) C.E., 3 Février 1956, petalas preccité.

(٤) C.E., 18 juin 1976, Moussa konaté, Rec., Leb. P. 321.

(٥) C E., 7 Mars 1913 abbe L`huillier. Rec.,Leb.p. 323.

(٦) C.E., 27 juin 1930, Fenaille, Rec., Leb. P. 669; 27 décembrs 1938, Richepin Rec.,Leb.p. 40,

(٧) C.E., 13 janvier 1971, Birad, Rec., Leb.p.40.

(٨) C.E., juillet 1936 Ass. Des croix de feu, D.p., 1936-3-p.77.

(٩) C.E., 13 Mai 1949, Rousset, Rec.,Leb. p. 221.

(١٠) C.E., 23 décembre 1976, perrault, Rec., Leb. P. 557.

(١١) C.E., 19 januie 1955, villa Montmozency, D.1955 p. 113; 19 décembre 1975 marché St.Germain, Rec., Leb. P. 1200.

(١٢) C.E., 13 Mai 1968, Tomtis, Req. 75 p. 835.

وقد اتبع مجلس الدولة طريقة جديدة لتسبيب قراراته المتعلقة بوقف التنفيذ . ففي حكمه الصادر في سنة ١٩٥٤ قرر المجلس " بأنه ليس من المؤكد إن تنفيذ القرار المطعون فيه سيسبب ضرراً قابلاً لتبرير وقف التنفيذ "[١] . واتبعت المحاكم الإدارية هذا المسلك في أحكامها المتعددة "[٢] . في هذا الخصوص ، قضى مجلس الدولة برفض وقف تنفيذ بعض القرارات الإدارية ذات الطابع المهني أو الاقتصادي أو المالي لإمكانية إصلاح الأضرار التي قد تنجم عن هذه القرارات مالياً "[٣] ، ورفض وقف تنفيذ بعض القرارات التي ينجم عنها أضراراً جسمانية يمكن إصلاحها أو علاجها بسهولة[٤] .

المطلب الثاني
شرط الضرر في أحكام محكمة العدل العليا الأردنية

وضحت المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ المقصود بشرط الضرر المبرر لوقف التنفيذ بقولها " . . إذا رأت نتائج تنفيذه (القرار المطعون فيه) يتعذر تداركها . . " وعبّرت محكمة العدل العليا الأردنية عن هذا الشرط

(١) C.E., 5 Mai 1976, Soc. Guilet et com., Rec., Leb. P. 1059.

(٢) C.E., 1 juin 1954, préfet du Var, Rec., Leb. 365; 7 October 1955, Soc Aviation Michet, A.J.D.A., 1955 p. 439.

(٣) T.A.de Lille, 25/2/1955, jossen; 21/4/1955, Ruyteer; 16/8/1957, Macarez Scalabrinoc/ prefet de Nord C.J.E.G., 1958p. 337.

(٤) C.E., 28 fév. 1978, Alata, A.J.D.A., 1978 p. 838;21 mai 1980, Soc alsacinne de Supermarches, Tab. P. 838; 24 Fev 1981, Peschaud Tab. P. 871.

في أحكامها المتعددة، فقضت " بوقف تنفيذ قرار لجنة أمانة العاصمة واللجنة المحلية للتنظيم والأبنية المتضمن إخلاء نادي الاستقلال من ساكنيه لأن تنفيذه يمكن أن يحدث أضرار لا يمكن تداركها . . "[1]. وفي حكم أخر قررت المحكمة " وقف تنفيذ القرار الصادر عن اللجنة المحلية للتنظيم والأبنية المؤيد من اللجنة اللوائية المتضمن الترخيص لأحد الأفراد بإنشاء تسوية ومكاتب لمطبعة جريدة الاتحاد لأن تنفيذه يمكن أن يحدث أضراراً لا يمكن تداركها . . "[2]وقررت أيضاً " وقف تنفيذ القرار الصادر عن محافظ العاصمة المتضمن توقيف المستدعي لدى مركز الإصلاح والتأهيل المهني بعمان حتى إشعار آخر، لأن تنفيذه يمكن أن يسبب أضراراً لا يمكن تداركها . . "[3].

كما أصدرت حكماً " بوقف تنفيذ القرار الصادر عن المحافظ بوزارة الداخلية، مدير دائرة المتابعة والتفتيش المتضمن الإيعاز إلى مدير أمن المفارز والجسور بإبعاد المستدعية إلى الضفة الغربية لأن تنفيذ هذا القرار قد يحدث أضراراً لا يمكن تداركها[4]. وقضت أيضاً " . . . ، ولما كان من شأن تنفيذ القرار المشكو منه أن يؤدي إلى نتائج قد

---

(١) C.E., 19 Juin 1968 Corrad, Tab. P. 1054;8 Nov. 1978. Locatalli, Tab. P. 913; 9 Mars 1979, SA. Creusot-Loire, Tab. P. 840.

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٥٧/ ٨٦، مجلة نقابة المحامين عدد ٤، ٦ سنة ١٩٨٧ ص٦٧٧.

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٢٠/ ٦٩، مجلة نقابة المحامين عدد ٧، ٨ سنة ١٩٦٩ ص٦٢٠.

(٤) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣/ ٨٧، مجلة نقابة المحامين عدد ٤، ٦ سنة ١٩٨٨ ص٦٢٠.

يتعذر تداركها فضلاً عن أن الجهة المستدعي ضدها لم تودع الملف المطلوب بقرار المحكمة المؤرخ في ٧/ ٨/ ١٩٩٣ وعملاً بالمادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا تقرر وقف تنفيذه . . "[١] .

وفي حكم حديث قضت المحكمة "بوقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن الطلب من السيد سليمان محمد العساف تسفير ثلاثة عمال من الجنسية المصرية يعملون لديه إذ قد يتعذر تدارك النتائج فيما لو حكم بإلغاء القرار[٢] .

غير أن محكمة العدل العليا لم تنتهج هذا المسلك في جميع أحكامها، ولم تفصح مباشرة عن الضرر كشرط مبرر لوقف التنفيذ، وإنما تشير إليه بطريق غير مباشر بإقرارها وقف التنفيذ نظرا لتوافر شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا لسنة ١٩٩٢ . في هذا الخصوص قضت المحكمة " بأن أكثرية المحكمة تقرر وقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن الامتناع عن منح التصاريح لصاحب نادي سميراميس الليلي باستقدام الفنانين للعمل لديه نظراً لتحقيق شرط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا . . . "[٣] . وقضت في حكم أخر " بوقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية ولجنة السير المركزية رقم٦/ ٩٧ تاريخ ٤/ ٨/ ١٩٩٧

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٦٤/ ٩٠، مجلة نقابة المحامين عدد ٦، ٨ سنة ١٩٩٠ ص ١٠٤٠ .

(٢) محكمة العدل العليا، قرار صدر في سنة ١٩٩٣ غير منشور .

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٢٤٢/ ٩٧ صدر في ٢٢/ ٧/ ١٩٩٧ غير منشور .

المتضمن تزويد المركبات بعداد للأجرة وغيرها من الأمور لنتيجة الدعوى . . " [1] . وقضت أيضاً " بوقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الشباب رقم ٧/ ١/ ٣٦/ ٣٢٠٦ تاريخ ٢٣/ ٧/ ١٩٩٧ المتضمن حل الهيئة الإدارية لنادي الشعلة للمكفوفين وتشكيل هيئة مؤقتة لمدة سنة لنتيجة الدعوى . . " [2] .

من جهة أخرى قضت محكمة العدل العليا وفي أحكام عديدة برفض وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه دون الإشارة مباشرة إلى عنصر الضرر . ففي حكمها رقم ١٧٥/ ٨٣ قضت المحكمة " برفض وقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن مصادرة جواز سفر زوجة المستدعي والصادر في عمان ومنعها وولديها من العودة إلى عمان بعد إعادتهم إلى الضفة الغربية " [3] . كما أصدرت المحكمة قراراً رفضت فيه وقف تنفيذ القرار الصادر عن مدير عام مؤسسة الإسكان المتضمن نقل المستدعي من وظيفة المدير الإداري لمؤسسة الإسكان إلى مدير المرافق العامة في مدينة أبو نصير السكنية وعلى أن يكون ارتباطه مع مديرها " [4] . وجاء في حيثيات هذا الحكم بأن المحكمة لم تجد ما يستوجب توقيف المشكو منه في هذه المرحلة .

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١١٨/ ٩٦، صدر في ٨/ ٥/ ١٩٩٦ غير منشور .

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣١٧/ ٩٧، صدر في ٢١/ ٩/ ١٩٩٧ غير منشور .

(٣) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٣٢٠/ ٩٧، صدر في ٢١/ ٩/ ١٩٩٧ غير منشور .

(٤) محكمة العدل العليا، قرار رقم ١٧٥/ ٨٣، مجلة نقابة المحامين عدد ٣ سنة ١٩٨٣ ص٣٤٠ .

وفي حكم أخر رفضت المحكمة " وقف تنفيذ القرار الصادر من المدير العام لرئيس لجنة إدارة سوق عمان المالي المتضمن نقل المستدعي من مسئولية دائرة شؤون الوسطاء والقاعة إلى المسؤول في العقود المرتجعة "[1]. ورأت المحكمة أنه لا موجب لتوقيف القرار في هذه المرحلة.

وفي أحكام أخرى اكتفت المحكمة بالإشارة إلى عدم توافر شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا لتقرير عدم وقف التنفيذ. في هذا الخصوص قضت المحكمة بمناسبة طعن تقدمت به صحيفة المجد الأسبوعية وصحف أخرى ضد قرار مجلس الوزراء القاضي بشطب هذه الصحف وإغلاقها " وحيث أن شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا غير متوافرة في هذا الطلب فتقرر المحكمة رفض وقف تنفيذ القرار . . . "[2].

نحن لا نتفق مع هذا المنهج الذي سلكته المحكمة وذلك بعدم فحص شرط الضرر بشكل مباشر عند إصدارها أحكاماً بوقف التنفيذ أو عدم وقف التنفيذ. وأن الإشارة في بعض الأحيان إلى توافر شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا أو عدم توافرها لا يكفي للتصدي لمسألة وقف التنفيذ أو عدم وقف التنفيذ، لأن المادة (٢٠) تبحث في جميع شروط وقف التنفيذ بشكل عام الشروط الموضوعية

---

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٨٦/١٢٠، مجلة نقابة المحامين عدد ٣ سنة ١٩٨٣ ص ٤٤٢.

(٢) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٨٦/٥٢، مجلة نقابة المحامين عدد ٤، ٦ سنة ١٩٨٦ص ٦٠٢.

والشروط الشكلية.

لذا نرى أن تقوم محكمة العدل العليا الأردنية وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي بفحص شرط الضرر باعتباره أهم شروط وقف تنفيذ القرارات الإدارية. ومن ثم تقرر وقف التنفيذ إذا كان هناك ضرراً يخشى وقوعه إذا ما قامت الإدارة بتنفيذ قرارها المطعون فيه بالإلغاء، وتقرر عدم وقف التنفيذ إذا اقتنعت المحكمة بأن تنفيذ القرار لا يسبب أضراراً أو نتائج يتعذر تداركها. أو يمكن إصلاح هذه الأضرار مالياً أو بالوسائل الأخرى.

المبحث الرابع
وجود أسباب جدية تبرر وقف التنفيذ

يعدّ شرط الأسباب الجدية (La Condition de moyens sérieux) الشرط الثاني في الأهمية - بعد شرط الضرر - بين الشروط الموضوعية اللازمة لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضائين الإداريين في فرنسا والأردن، على الرغم من أن بعض الفقه يعتبر أن نظرية الأسباب الجدية هي نظرية مبهمة وغامضة (Vague et ambigue)، [1] ويعتبرها البعض الآخر نظرية يصعب ضبطها [2].

(١) محكمة العدل العليا، قرار رقم ٢٢٦/ ٩٧، صدر في ٣١/ ٧/ ١٩٩٧ غير منشور.

(٢) GLEIZAL, J.J., Le sursis à exécution op.cit., p.5.
PEISER G., op. 105.

ولم تتبلور فكرة الأسباب الجدية بشكل واضح بواسطة القضاء الإداري إلا في وقت متأخر، وبمعنى أدق في النصف الأول من القرن الحالي، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم صدر له في سنة ١٩٣٨ " بأنه تبين من فحص الطعن أن الطبيعة الجدية للأسباب المثارة والمؤيدة للطعن لن ينازع فيها "[١]. ثم بعد ذلك بواسطة مرسوم ١٩٦٣ الخاص بمجلس الدولة الفرنسي الذي نص على " الأسباب الجدية التي من شأنها تبرير الإلغاء ".

ويعتبر الفقيه لافيريير (LAFERRIERE) أول من تناول شرط الأسباب الجدية كأحد الشرطين اللازمين لمنح وقف تنفيذ القرار الإداري، حيث عبرّ عن هذا الشرط بتوافر طعون جدية واضحة ضد القرار. [٢] des griefs sérieux articulés contre l'acte

ويقصد بالأسباب الجدية التي صنفها الفقيه ليوفو إلى أسباب جدية قانونية وأسباب جدية واقعية -[٣] تلك الأسباب التي تعتبر وبصورة شبه مؤكدة أسباب موضوعية[٤] (une quasi certitude comme fondés)، أو هي تلك الأسباب التي تبدو للقاضي في مرحلة تقديم الدعوى وللوهلة الأولى أسباباً جدية من شأنها إلغاء القرار

---

(١) C.E., 12 nov. 1938 , chambre synd . des constructeurs de moteurs d'avions,Rec.,Leb . p. 840.

(٢) LAFERRIERE, Juridiction administrative, T. 12 éd 1887.

(٣) LIET - VEAUX , op . cit . pp.149 et suiv.

(٤) PEISER , G., op . cit p. 105.

الإداري المطعون فيه [1].

فإذا كان من الضروري أن تكون الأسباب التي يثيرها المدعي في مرحلة تقديم الدعوى - وبحسب الظاهر - جدية تبرر وقف تنفيذ القرار الإداري، فإن القاضي هو الذي يقدر من خلال فحصه ظاهر المستندات والأوراق مدى توافر الجدية في الأسباب التي يثيرها المدعي.

المطلب الأول
شرط الأسباب الجدية في أحكام مجلس الدولة الفرنسي

أصدر مجلس الدولة الفرنسي القليل من الأحكام خلال القرن التاسع عشر والنصف الأول من القرن العشرين التي أشارت إلى وجوب جدية الأسباب المثارة من المدعي عند تقديمه طلب وقف التنفيذ. ومنها الحكم الصادر في سنة ١٨٧٢ الذي استند فيه مجلس الدولة إلى طبيعة الأسباب المقدمة بواسطة الطاعنين[2]. وفي سنة ١٩٣٨ أصدر المجلس حكمه الخاص بالغرفة النقابية لصناع محركات الطائرات والذي أشار فيه للطبيعة الجدية للأسباب المقدمة من المدعي [3]. وفي حكمه الخاص بنقابة المهن في مدينة Vienne أشار المجلس صراحة إلى الأسباب الجدية في طلب

(١) C.E., 17 juin 1953. Min . Indus. Rec., Leb . p. 339.

(٢) C.E., 22 avril 1872 , De Bussiere, Rec., Leb. P. 244.

(٣) C.E., 12 nov. 1938 . précité .

وقف التنفيذ [١] .

وقد تواترت الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي تطلبت وجود الأسباب الجدية في طلب وقف التنفيذ كشرط ثاني وضروري للحكم بوقف التنفيذ خاصة بعد صدور مرسوم ١٩٥٣ ، والذي نص على تحويل مجالس الأقاليم إلى المحاكم الإقليمية وجعل مجلس الدولة القاضي الاستئنافي للأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية [٢] .

واستخدم المجلس في أحكامه الكثير من العبارات للتعبير عن الأسباب الجدية ومنها " الأسباب الجدية التي تبرر طلب وقف التنفيذ " [٣] ، والأسباب الأساسية (Les moyens sérieux) [٤] .

وحتى في الأحكام التي رفض فيها مجلس الدولة وقف التنفيذ ، فإنه كان يبين أن الدعوى لم تتوافر فيها الأسباب الجدية L`instance ne satisfait pas ades moyens

---

(١) C.E., 19 nov . 1948 , chambre des métiers de la vienne , Rec., Leb.p. 436.

(٢) أنظر على سبيل المثال :
C.E., 17 juin 1953 précité ; 17 janv. 1955 , Assoc. pour la sauvegard du parc André- Rondenay , A.J.D.A., 1955 , I I , p. 288 ; 17 juin 1955 , A.J.D.A., 1955 , I I p. 292 ; 23 juin 1972 , Thibault , Rec., Leb . p. 488.

(٣) C.E., 19 janv . 1955 , préfet de la seine c / Assoc . des proprietaires de la Villa mantmorency , A.J.D.A., 1955 p. 681.

(٤) 17 juin 1955 , précité .

sérieux[(١)] .

في التطبيق، فإنه نادراً ما يقوم مجلس الدولة بتبرير " جدية " الأسباب المثارة من قبل المدعي لمنحه وقف تنفيذ القرار الإداري الطعين، والسبب في ذلك هو الرغبة بأن يترك لقاضي الموضوع الحرية في إصدار القرار النهائي، ويستخدم مجلس الدولة عادة صيغة معينة في هذا الخصوص وهي " . . وحيث أن السبب المثار من قبل المدعي لتأييد دعواه الخاصة بإلغاء القرار الطعين من شأنه أن يبرر وقف التنفيذ . . . "[(٢)] .

وحاول بعض مفوضي الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي أن يوضحوا في خلاصات مذكراتهم المرفوعة للمجلس بصدد بعض الأحكام المقصود بالسبب الجدي، بقولهم أن السبب الجدي ليس هو السبب الوهمي (fantaisiste) وليس هو السبب الثابت (manifestement fondé)، وإنما هو السبب الذي يجعل الإلغاء محتمل الوقوع، أو هو الذي يعطي للدعوى من خلال الفحص الأولي لها الفرص القوية في النجاح les plus solides chances de succés[(٣)] .

---

(١) C.E., 1 oct. 1954 , Min. des Finances c / crédit coopératif Foncier , Rec., Leb .p. 493; 31 janv . 1964 , A.J.D.A., 1964 p. 385.

(٢) C.E., 19 janv. 1955 , 17 juin 1955 , 23 juin 1972 précités ; 11 juill. 1980 , mme montcho , Rec., Leb. P. 315; 6 févr . 1981 , castella, Tab. P. 871; 24 juill. 1981 , Balde , Tab. P. 870.

(٣) Concl . LAURENT sur C.E., 17 janv. 1955 précité , concl . MORISOL sur C.E., 13 fév . 1976 , Rec., Leb. P. 1100.

ويكفي أن يثير الطاعن سبباً واحداً من الأسباب الجدية في طلبه بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه، وأن السبب الجدي ليس بالضرورة هو السبب الأساسي في الدعوى الموضوعية بالإلغاء [1].

بقي أن نشير إلى أن رفض طلب المدعي بوقف التنفيذ لعدم وجود أسباب جدية تبرر التنفيذ لا يؤثر على قبول الدعوى الأصلية [2].

المطلب الثاني
شرط الأسباب الجدية في أحكام محكمة العدل العليا الأردنية

لم يستخدم المشرع الأردني في نص المادة رقم (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا الأردنية الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ الباحثه في موضوع وقف تنفيذ القرارات الإدارية عبارة الأسباب الجدية أو الأسباب الأساسية كأحد الشروط الموضوعية لوقف التنفيذ، وإنما عبرَّ المشرع عن هذا الشرط بعبارة " . . وذلك بناء على طلب معلل من صاحب المصلحة . . " .

بمعنى أن المشرع استخدم عبارة " الطلب المعلل " للتعبير عن الأسباب الجدية اللازمة لوقف التنفيذ بجانب عبارة " نتائج يتعذر تداركها " للتعبير عن شرط الضرر .

---

(١) C.E., 13 juill. 1956 , Rhône R- poulenc , A.J.D.A., 1955 , I I p. 365.

(٢) C.E., 16 juin 1978 , Ro Req . 08.843.

وإذا كانت محكمة العدل العليا الأردنية قد أشارت صراحة في الكثير من أحكامها إلى شرط الضرر بإعتباره الشرط الأول من الشروط الموضوعية لوقف التنفيذ، إلا أنها لم تشر في أي من أحكامها الصادرة منذ نشأتها إلى عبارة الأسباب الجدية. وإنما تعبر عن ذلك بطريق غير مباشر وذلك عندما تأمر بوقف التنفيذ لتوافر شروط المادة (٢٠)، أو تأمر بعدم وقف التنفيذ لعدم توافر شروط المادة (٢٠).

في هذا الخصوص قضت المحكمة " بأن أكثرية المحكمة تقرر وقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن الامتناع عن منح تصاريح لصاحب نادي باستقدام الفنانين للعمل لديه نظراً لتحقق شرط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا.. "[١].

ورفضت المحكمة وقف التنفيذ لعدم توافر شروط المادة (٢٠)، بقولها " .. وحيث أن شروط المادة (٢٠) غير متوافره في هذا الطلب فنقرر رفض وقف التنفيذ.. "[٢].

واستخدمت المحكمة عبارة " لنتيجة الدعوى " دون الإشارة إلى المادة (٢٠)، فقضت في هذا الخصوص " بوقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية ولجنة السير المركزية المتضمن تزويد المركبات بعداد للأجرة وغيرها من الأمور لنتيجة

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١١٨/ ٩٦، سبق ذكره.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٢٢٦/ ٩٧، سبق ذكره.

الدعوى . . " [1]، وقضت أيضاً بوقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الشباب المتضمن حل الهيئة الإدارية لنادي الشعلة للمكفوفين لنتيجة الدعوى . . [2].

وفي أحكام أخرى رفضت المحكمة وقف التنفيذ دون الإشارة صراحة إلى نص المادة (٢٠) ودون استخدام عبارة " لنتيجة الدعوى " . في هذا النطاق قضت المحكمة " برفض وقف تنفيذ القرار الصادر عن وزير الداخلية المتضمن مصادرة جواز سفر زوجة المستدعي الصادر في عمان ومنعها وولديها من العودة إلى عمان بعد إعادتهم إلى الضفة الغربية " [3].

نحن لا نؤيد من جانبنا مسلك محكمة العدل العليا الأردنية بعدم التأكد مباشرة من توافر أو عدم توافر الأسباب الجدية في طلب وقف التنفيذ بجوار شرط الضرر باعتبارهما الشرطين الأكثر أهمية للحكم بوقف تنفيذ القرار أو عدم وقف التنفيذ.

وأن الإشارة في بعض الأحكام إلى توافر شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا أو عدم توافرها لا يكفي للتصدي لمسألة وقف التنفيذ لأن المادة (٢٠) تتضمن جميع الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لوقف التنفيذ.

---

(١) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٣١٧/ ٩٧، سبق ذكره.

(٢) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ٣٢٠/ ٩٧، سبق ذكره.

(٣) محكمة العدل العليا الأردنية، قرار رقم ١٧٥/ ٨٣، سبق ذكره.

وكذلك أن الاكتفاء في بعض الأحكام باستخدام عبارة " لنتيجة الدعوى " لايعبر صراحة ولا ضمناً عن توافر أو عدم توافر الأسباب الجدية لوقف التنفيذ.

لذا نرى أن تقوم محكمة العدل العليا الأردنية وعلى غرار الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي بالإشارة صراحة إلى توافر أو عدم توافر الأسباب الجدية اللازمة لوقف التنفيذ أو عدم وقف التنفيذ.

الخاتمـــة :

لتلافي المساوئ التي تترتب على قاعدة " غياب الأثر الموقف للدعاوى أمام القضاء الإداري " ابتدع الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا نظرية " وقف تنفيذ القرارات الإدارية المطعون فيها بالإلغاء " إذا ما توافرت شروط شكلية وموضوعية - كاستثناء على هذه القاعدة - تقنع القاضي بوقف التنفيذ .

وقد تبنت معظم الدول هذه النظرية لأهميتها ومنها الأردن وذلك بغرض تحقيق جملة أهداف أهمها :

- توقي نتائج يتعذر تدارك أضرارها إذا قامت الإدارة بتنفيذ قرارها الإداري المطعون فيه بالإلغاء دون انتظار لصدور الحكم القضائي .
- حماية مصالح المتقاضين .
- علاج البطء الشديد في الدعاوي التي ترفع أمام القضاء الإداري .

وحاولنا في هذه الدراسة أن نركز فقط على الشروط الموضوعية اللازمة لقبول وقف تنفيذ القرار الإداري باعتبار أن هذه الشروط تشكل عصب هذه النظرية . وقد أجملنا هذه الشروط فيما يلي :

١ - شرط وجود قرار إداري نهائي تنفيذي، بمعنى أن طلب وقف التنفيذ باعتباره طلباً فرعياً على الدعوى الأصلية (دعوى الإلغاء) لا يكون إلا ضد قرار إداري نهائي أي قابلاً للتنفيذ ومنتجاً لجميع آثاره دون حاجة إلى تصديق من

جهة أخرى.

٢- شرط المصلحة لطالب وقف التنفيذ، وبينا أنواع المصالح التي يتطلبها القضاء كشرط لقبول طلب وقف التنفيذ. ورأينا أن القضاء يقبل المصلحة الشخصية والمباشرة والمصلحة الأدبية والمعنوية والمادية، ويقبل كذلك المصلحة المحتملة شريطة أن تكون هذه المصلحة واضحة المعالم وأن المساس بمركز المدعي محتمل الحدوث بشكل كاف.

٣- توقي وقوع ضرر أو نتائج يتعذر تداركها، وبينا أن شرط الضرر يحتل المرتبة الأولى بين الشروط الموضوعية اللازمة لوقف التنفيذ لأن الهدف الأساسي من وقف التنفيذ هو الخشية من وقوع أضرار نتيجة لتنفيذ القرار الإداري يتعذر معه إصلاحها أو تلافيها.

وأوضحنا في هذه الدراسة موقف مجلس الدولة الفرنسي من شرط الضرر، وبينا أن المجلس اتبع طريقة جديدة لتسبيب قراراته المتعلقة بوقف التنفيذ اعتمادا على شرط الضرر حيث يؤكد في كل مرة فيما إذا كان تنفيذ القرار سيسبب ضرراً قابلاً لتبرير وقف التنفيذ.

ورفض المجلس وقف تنفيذ بعض القرارات الإدارية ذات الطابع المهني أو الاقتصادي لإمكانية إصلاح الأضرار التي قد تنجم عن هذه القرارات مالياً. ورفض كذلك وقف تنفيذ القرارات الإدارية التي ينجم عنها أضراراً

جسمانية يمكن إصلاحها أو علاجا بسهولة .

ورأينا كيف أن محكمة العدل العليا الأردنية اكتفت بالإشارة إلى توافر شروط المادة (٢٠) من قانون محكمة العدل العليا الحالي لتقرر وقف التنفيذ أو عدم وقف التنفيذ بعد أن كانت تشير صراحة في بداية نشأتها إلى شرط الضرر . وبينا عدم اتفاقنا مع منهج المحكمة في هذا الخصوص لأن المادة (٢٠) تتضمن جميع الشروط اللازمة لوقف التنفيذ الشروط الموضوعية والشروط الشكلية .

وبيَّنا كذلك أن القضاء الإداري يكتفي للحكم بوقف التنفيذ توافر شرط الضرر دون الحاجة إلى توافر الأسباب الجدية في طلب الوقف . كذلك يرفض القضاء وقف التنفيذ لعدم وجود ضرر رغم توافر الأسباب الجدية في الطلب .

٤- شرط الأسباب الجدية ، بينا أن هذا الشرط يأتي في المرتبة الثانية في الأهمية بجوار شرط الضرر . وبعد أن عرّفنا المقصود بالأسباب الجدية وهي الأسباب التي تبرر وقف التنفيذ ، أو بمعنى آخر الأسباب التي تجعل إلغاء الدعوى محتمل الوقوع ، بينا موقف مجلس الدولة من توافر الأسباب الجدية في طلب وقف التنفيذ وكذلك موقف محكمة العدل العليا . فإذا كان مجلس الدولة نادراً ما يقوم بتبرير جدية الأسباب المثارة من قبل الطاعن

رغبة في عدم التأثير على حرية القاضي في إصداره لقراره النهائي في القضية، فإن محكمة العدل العليا لم تشر في أحكامها إلى الأسباب الجدية أو كما نصت عليها المادة (٢٠) " الطلبات المعللة " وإنما اكتفت بالإشارة إلى المادة (٢٠) المتضمنة جميع الشروط اللازمة لوقف التنفيذ.

وبعد مقارنة الشروط الموضوعية لوقف التنفيذ في أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة العدل العليا ونتيجة للمزايا العلمية والعملية من هذه المقارنة خلصت الدراسة إلى :

١- أن تقوم محكمة العدل العليا الأردنية وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي بفحص شرط الضرر في طلب وقف التنفيذ، وأن تضمن ذلك في حيثيات قرارها الخاص بوقف التنفيذ باعتباره حكماً مؤقتاً بالمعنى القانوني. وعلى المحكمة أن تبين فيما إذا كان هناك ضرراً يخشى وقوعه إذا ما قامت الإدارة بالتنفيذ، وتبين فيما إذا كان يمكن إصلاح الأضرار المترتبة على التنفيذ، وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى نص المادة (٢٠).

٢- أن تقوم المحكمة بفحص شرط الأسباب الجدية في طلب وقف التنفيذ لما لها من أهمية. وأن تضمن حيثيات قرارها الخاص بوقف التنفيذ توافر الأسباب الجدية بجوار الضرر أو عدم توافرها وعدم الاكتفاء بالإشارة باقتضاب إلى المادة (٢٠).

ونعتقد بأنه لن تكتمل نظرية وقف تنفيذ القرارات الإدارية في الأردن إلا بالاهتمام بالشرطين الأولين اللازمين لوقف التنفيذ وهما " شرط الضرر وشرط الأسباب الجدية " ، وإبرازهما بوضوح وبصراحة في حيثيات الأحكام الصادرة بوقف التنفيذ وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى المادة (٢٠) في الحكم المتضمنة جميع الشروط الشكلية والموضوعية .

المراجـــع

I .المراجع باللغة العربية :

١- جمال الدين سامي، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٤ .

٢- جمعة أحمد، اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الإدارية للأفراد وتطبيقاتها في العمل، منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٨٨ .

٣- شطناوي، علي خطار، القـضـاء الإداري الأردني، الكتـاب الأول، قـضـاء الإلغاء، مطبعة كنعان ١٩٩٥ .

٤- الحلو، ماجد راغب، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ١٩٨٥ .

٥- أبو راس، محمد الشافعي، القضاء الإداري، عالم الكتب القاهرة ١٩٨١ .

٦- الطماوي، سليمان، - النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٦ . - القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٦ .

٧- عبد الله، عبد الغني بسيوني، - ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤ . - وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام القضاء الإداري - منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٠ .

٧- مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة العدل العليا الأردنية، مجلة نقابة المحامين، أعداد مختلفة.

٨- الشوبكي، عمر محمد، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٦م.

٩- فهمي - مصطفى أبوزيد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، " قضاء الإلغاء " دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨م.

١٠- كنعان، نواف، القضاء الإداري في الأردن، الطبعة الأولى، مطابع الدستور التجارية، الأردن، ١٩٩٩م.

II.المراجع باللغة الأجنبية:

1. GAUDEMET Yves ,le juge administratif et le prononcé du sursis,A.J.D.A.,1982 ,
2. GLEIZAL J. ,le sursis à exécution des décisions administratives, A.J.D.A.,1975.
3. ISAAC Guy ,la procédure administrative non contentieuse,thése Toulouse ,L. G.D.J.,Paris 1968.
4. LAVAU M. ,du caractère non suspensit des recours devant les tribunaux administratifs ,R.D.P.,1950.
5. PHILIPPET chantal ,le sursis à exécution en droit administratif, thèse ,paris 1981.
6. RICHER L.le sursis en matière fiscal..,J.P.C.,Ed commerce et industrie du 3 mai 1979.
7. TOURDIAS maurice ,le sursis à exécution des décisions administratives ,thèse ,Bordeux L.G.D.J. paris 1957.

8. GABOLDE Christian,Procedure Devant les Tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ,Dalloz ,1999.
9. FANACHI Pierre ,la Justice administrative : Tribunaux administratifs et conseil D'Etat ,Dalloz ,1999.
10. ROBINEAU Yves,Le Conseil D'Etat,P.U.F.,1999.
11. RAEMION Faeli,Le conseil D'Etat : Ses Competences ,son avenir, P.U.F.,1999.
12. Recueil du conseil d`Etat "Lebon ".
13. Actualité juridique droit administratif.(A.J.D.A.)

الدعوى المباشرة للمؤجر الأصلي ضد المستأجر من الباطن

دراسة مقارنة

في القانونين المصري والفرنسي

إعداد

د. محمد إبراهيم بنداري *

---

* أستاذ القانون المدني المساعد بجامعة الأزهر- المعار لكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

ملخص البحث

تتضمن الدعوى المباشرة للمؤجر الأصلي ضد المستأجر من الباطن خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني، سواء من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في الضمان العام أو من حيث مبدأ نسبية اثار العقد. ولكنه خروج له مايبرره من اعتبارات العدالة حيث تعتبر الدعوى المباشرة وسيلة سلهة للمؤجر في حصوله على الوفاء بالأجرة. ولذلك فإن الفقهاء قد اختلفوا كثيراً حول طبيعة هذه الدعوى بسبب رغبتهم في ردها إلى إحدى النظم القانونية المعروفة في القانون المدني. ومع ذلك فإننا نرى فيها نظاماً قانونياً أصيلاً له ذاتيته واستقلاله يستعصي على الرد إلى نظام قانوني معين من الأنظمة المعروفة وبناء على ذلك يكون المشرع قد راعى جانب المؤجر الأصلي في حالة الإيجار من الباطن حيث قرر له الاستئثار بحصيلة الدعوى المباشرة ضد المستأجر الآصلي دون آن يشاركه أحد من دائني المستأجر الأصلي مما يجعله مفضلاً عليهم جميعاً.

مقدمـة:

موضوع البحث وأهميته:

١ -القاعدة فى القانون المدني هى حرية المستأجر فى التأجير من الباطن ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك[١]. ويعتبر ذلك تطبيقاً للقاعدة التي تجيز التصرف في الديون، كما تجيز التصرف في الأعيان. حيث يعتبر الإيجار من الباطن بمثابة تصرف المستأجر في دين له في ذمة المؤجر[٢].

ولا شك أن المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الإيجار من الباطن الذي يبرمه المستأجر الأصلي مع شخص آخر يطلق عليه المستأجر من الباطن أو المستأجر الثاني. وترتيباً على ذلك فكان الأصل أنه لا يجوز لهذا المؤجر الرجوع على المستأجر من الباطن إلا بناءً على الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المستأجر الأصلي ولحسابه، وذلك عندما يتقاعس هذا الأخير عن المطالبة بحقوقه في مواجهة المستأجر من الباطن. أو أن يقوم المؤجر بحجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المستأجر من الباطن، شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين.

---

(١) تنص المادة ٥٩٣ من القانون المدني المصري على أنه "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".
ويقابل هذه المادة نص المادة ١٧١٧ من القانون المدني الفرنسي وإن كان النص الفرنسي قد أضاف أن شرط حظر التأجير من الباطن يكون دائماً منفذاً بدقة.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، عقد إيجار الأشياء، المجمع العلمي العربي، بيروت - لبنان، رقم ٣٩٨.

ومع ذلك فإن المشرعين -المصري والفرنسي- قد أولى المؤجر عناية خاصة، إذ منحه دعوى مباشرة يرفعها باسمه ولحسابه في مواجهة المستأجر من الباطن، ويستأثر وحده بحصيلة هذه الدعوى دون المرور في ذمة مدينه المستأجر، ودون أن يشاركه أحد من دائني هذا المستأجر.

٢- ولا شك أن هذه الدعوى المباشرة تتضمن خروجاً علي القواعد العامة من ناحيتين: الناحية الأولى: أنها تخالف مبدأ نسبية آثار الاتفاقات، الذي يقضي بعدم انصراف آثار العقد إلا إلى من كان طرفاً فيه. الناحية الثانية: أنها تخالف مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام، وذلك لأن المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقد الإيجار من الباطن، ومع ذلك سمح له القانون برفع دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، ويستأثر وحده دون سائر الدائنين الآخرين بحصيلة هذه الدعوى.

وبسبب خروج الدعوى المباشرة للمؤجر على القواعد العامة، بالإضافة إلى عدم وجودها في التراث القانوني الروماني، إذ هي لم تتقرر إلا في القانون المدني المصري الجديد الصادر سنة ١٩٤٨م وفي القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر سنة ١٨٠٤م، كل ذلك جعل الفقه والقضاء -خاصة في فرنسا- ينظران إليها في البداية نظرة غريبة، إذ لم يكتب لها التطبيق في فرنسا إلا بعد ما يقرب من نصف قرن تقريباً على صدور القانون المدني الذي أقرها، وذلك بفضل المجهودات المضنية للفقه الأمر الذي اضطر القضاء إلى إقرارها بعد ذلك.

ولذلك يمكن القول أن نظام الدعوى المباشرة للمؤجر من النظم الحديثة نسبياً في النظام القانوني، مما ترتب عليه وجود اختلاف كبير في الفقه والقضاء حول هذه الدعوى، بدءاً من الاختلاف حول جواز منحها أو عدم منحها للمؤجر، مروراً بتسميتها ونطاقها وطبيعتها القانونية، وانتهاءً بتحديد شروطها وآثارها القانونية. ولعل الفقه والقضاء كان معذوراً في ذلك، فبالإضافة إلى حداثتها فإن النص الذي قررها يتسم بقدر كبير من الاقتضاب بل والغموض، مما أوقع الفقه والقضاء خاصة في فرنسا في الاختلاف في الرأي في تفسير هذا النص.

وبناءً على ذلك لاحظ بعض الفقهاء[1] أن موضوع الدعوى المباشرة من الموضوعات التي تحتاج إلى بحث متعمق، إذ أنها تستعصي على الإندراج تحت أي نظام من النظم القانونية المعروفة[2]، مما جعلها تدخل القانون المدني -إن جاز التعبير- من باب ضيق[3]، حيث لم يرحب بها الفكر القانوني بل قد تجرعها على مضض.

٣- وأياً ما كان الأمر فإن الدعوى المباشرة للمؤجر أصبحت من النظم القانونية السائدة الآن، والتي تشكل ضمانة قوية للمؤجر في الحصول على الأجرة، إذ تخول له ضماناً إضافياً بالإضافة إلى الضمان العام. حيث يكون للمؤجر مدينان: المستأجر

---

(١) أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مكتبة عين شمس بالقاهرة سنة ١٩٨١، رقم ١٢٠.

(٢) أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، دار المعارف بمصر بدون تاريخ طبعة، رقم ١١٥.

(٣) Marty, Raynaud et jestaz. les obligations 2e éd. T. 2. le régime Sirey 1989.N0 156.

الأصلي الذي يرجع عليه بناءً على عقد الإيجار المبرم معه، ويكون شأنه في هذا الصدد شأن سائر الدائنين الآخرين. والمستأجر من الباطن الذي يرجع عليه بمقتضى الدعوى المباشرة التي تكون له وحده، ويستأثر بحصيلتها في مواجهة سائر دائني المستأجر الأصلي، الأمر الذي يمنحه ضماناً كافياً ضد مخاطر إعسار هذا الأخير. ولا شك أن هذا النظام القانوني جدير بالدراسة المتأنية لإلقاء الضوء حول جوانبه المختلفة.

٤- منهاج البحث:

ولقد رأيت دراسة هذا الموضوع دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي وذلك بناءً على المادتين ٥٩٦ مدني مصري، ١٧٥٣ مدني فرنسي حيث أنهما الأصل في تقرير هذه الدعوى.

ولقد بدا لي أن أقسم هذا الموضوع إلى فصول ثلاثة وخاتمة.

الفصل الأول: تعريف الدعوى المباشرة للمؤجر وخصائصها.

الفصل الثاني: نطاق الدعوى المباشرة للمؤجر وطبيعتها القانونية.

الفصل الثالث: أحكام الدعوى المباشرة للمؤجر.

خاتمة: تتضمن أهم نتائج البحث.

الفصل الأول
مفهوم الدعوى المباشرة للمؤجر وخصائصها

٥- تقسيم :

لعله من المنطقي أن نبدأ دراستنا لموضوع الدعوى المباشرة للمؤجر بتعريفها وتمييزها عما قد يشتبه أو يلتبس بها، ثم نحدد خصائصها المميزة لها عن غيرها من النظم القانونية . وبناءً على ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : تعريف الدعوى المباشرة للمؤجر وتمييزها عن غيرها .

المبحث الثاني : خصائص الدعوى المباشرة للمؤجر .

المبحث الأول
تعريف الدعوى المباشرة للمؤجر وتمييزها عن غيرها

٦- مفهوم الدعوى المباشرة للمؤجر :

يمكن تحديد مفهوم الدعوى المباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن بأنها حق المؤجر في مطالبة المستأجر من الباطن باسمه ولحسابه بالوفاء بما عليه من أجرة للمستأجر الأصلي بسبب عقد الإيجار من الباطن[1] .

---

(١) قريب من هذا التعريف : أنور سلطان رقم ٢٧ - نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الأموال، منشأة المعارف بالاسكندرية سنة ١٩٩١، ص١٥ . وفي الفقه الفرنسي أنظر :
Boris Starck.encycl. Dalloz.V. action directe. N° 8; Planiol, Ripert et H amel. traité pratique de droit civil français.
T. X. L. G. D. J. 1956. N° 561.

ويتضح من هذا التعريف أن المؤجر في استعماله لهذه الدعوى لا يكون مجرد نائب عن المستأجر الأصلي في المطالبة بحقوقه كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة action oblique، وإنما يمارسها باعتباره دائناً مباشر للمستأجر من الباطن، ولذلك سميت بالدعوى المباشرة action directe[1]. حيث لا يقصد المؤجر منها المحافظة على الضمان العام، وإنما يقصد منها تحقيق ضمان خاص عن طريق اقتضاء حقه مباشرة من المستأجر من الباطن، فيستقل وحده بحصيلة هذه الدعوى ويتفادى بذلك مزاحمة concours دائني المستأجر الأصلي الآخرين. وبالتالي تخول له الدعوى ضماناً sûreté خاصاً يقوم إلى جانب الضمان العام الذي يتوافر لسائر الدائنين[2].

ولذلك يمكن القول أن الدعوى المباشرة نظام قانوني فعال يختلف كل الاختلاف عن نظام الدعوى غير المباشرة سواء في الوسيلة أو في الهدف. فوسيلة الدعوى غير المباشرة هي النيابة القانونية التي تقوم للدائن عن المدين، والتي بمقتضاها يطالب الدائن مدين المدين باسم المدين ولحسابه. أما الدعوى المباشرة فهي سلطة للمؤجر في أن يتوجه مباشرة إلى المستأجر من الباطن لمطالبته باسمه ولحسابه بأن يؤدي إليه ما كان

(١) مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، رقم ٢٨٤.

(٢) جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني: أحكام الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٨٣، ص٨٨. وفي الفقه الفرنسي:

Mazeaud (Henri; Jean) et Chabas. leçons de droit civil. obligations. éd 1985. N° 803. Marty et Raynaud. N° 156.

يجب عليه أداؤه للمستأجر الأصلي. وهدف الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام gage général ولذلك يدخل ناتج الدعوى في الذمة المالية للمدين ليشترك فيه سائر الدائنين. أما هدف الدعوى المباشرة فهو توفير حماية خاصة وتأمين إضافي للدائن (المؤجر) من خطر عدم استيفاء حقه والخضوع لقسمة الغرماء إذا كان المستأجر الأصلي معسراً وذلك عن طريق استئثاره وحده بحصيلة الدعوى[1].

٧- عدم دقة مصطلح الدعوي المباشرة للمؤجر:

يمكن القول أن مصطلح الدعوى المباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن مصطلح غير دقيق impropre حيث قد يفهم منه أن الدعوى المباشرة تقتضي بالضرورة مطالبة قضائية عن طريق رفع دعوى، في حين أن الحقيقة هي أن الدعوى المباشرة هي مجرد رجوع مباشر للمؤجر ضد المستأجر من الباطن sous locateur يمكن ممارسته في صورة غير قضائية extraijudiciare، حيث لامجال لمباشرة الدعوى القضائية إلا في حالة امتناعه عن الوفاء بالتزامه[2].

ولذلك يمكن القول أن القاعدة هي أن الدعوى المباشرة للمؤجر ليست إجراءً قضائياً، إذ يكفي أن يطالب المؤجر المستأجر من الباطن بالوفاء بأية وسيلة مهما كانت، حيث يكفي توجيه إنذار إليه.

---

(١) اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام ونظرية الإثبات، مطبعة نهضة مصر بالفجالة سنة ١٩٥٥ رقم ١٠٦. وحكم: Reque 30 Nov 1926. D. 1928. 1.49.

(٢) encycl. D. N° 9, Maurice Couzian. L'action directe. L. G. D. J. 1969. N° 22. Marty et Raynaud. N° 156.

ولذلك فإن المشرع المصري عندما تكلم عن هذه الوسيلة للمؤجر في الرجوع على المستأجر من الباطن مباشرة لم يستعمل مصطلح «دعوى مباشرة»، كما أنه ألزم المستأجر من الباطن بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر. حيث تنص المادة ٥٩٦ من القانون المصري على أنه " ١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر " .

فهذا النص يدل بطريقة قاطعة على أن الأصل في مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن هي المطالبة غير القضائية (أي عن غير طريق الدعوى). ومع ذلك فإن المؤجر قد يلجأ إلى رفع دعوى في حالة امتناع المستأجر من الباطن عن الوفاء.

وكذلك الحال في القانون المدني الفرنسي حيث إنه عند تنظيمه للرجوع المباشر للمؤجر ضد المستأجر من الباطن لم يستعمل إطلاقاً مصطلح الدعوى المباشرة[١]. ولذلك فإن مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن بما يكون عليه من أجرة يمكن أن يتم بأية وسيلة مهما كانت كتوجيه خطاب للمستأجر من الباطن، أو حتى من مجرد المطالبة الشفوية[٢].

---

(١) تنص المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي على أنه " لا يلتزم المستأجر من الباطن في مواجهة المالك إلا في حدود أجرة إيجاره من الباطن التي يمكن أن يكون مديناً بها لحظة الحجز وبدون إمكان الاحتجاج عليه بالوفاء الذي تم مقدماً .... " .

(٢) Demogue. traité des obligations. tome 7 N° 993.

ومع ذلك فإننا نرى أنه يجب على المؤجر الحريص أن يعذر المستأجر من الباطن بوجه رسمي لأن التزام هذا الأخير بالامتناع عن الوفاء للمستأجر الأصلي لا يحصل إلا من تاريخ إثبات مطالبة المؤجر له . ولذلك يحمد للمشرع المصري أنه نص صراحة على أن التزام المستأجر من الباطن بعدم الوفاء للمستأجر الأصلي لا ينشأ إلا من تاريخ إعذار المؤجر له ، وذلك منعاً لأي مشاكل تتعلق بإثبات مطالبة المؤجر له .

٨- تفضيلنا لمصطلح الحق المباشر على مصطلح الدعوى المباشرة :

وبناءً على ما سبق فإننا لا نحبذ مصطلح الدعوى المباشرة ، ونفضل عليه مصطلح الحق أو الرجوع المباشر للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن ، وذلك للانتقادات آنفة الذكر التي وجهت إلى هذا المصطلح . بالإضافة إلى تفادي المشرعين المصري والفرنسي استخدام هذا المصطلح ، بل إن النصوص في هذين القانونين تفترض الرجوع المباشر للمؤجر على المستأجر من الباطن عن غير طريق الدعوى القضائية ، حيث لا يضطر المؤجر إلى اللجوء إلى الدعوى إلا في حالة امتناع المستأجر عن الوفاء[1] .

ومع ذلك فإننا سنبقي في بحثنا على هذا المصطلح «الدعوى المباشرة» نظراً لأنه المصطلح المألوف في اللغة القانونية فقهاً وقضاءً ، بحيث إنه يمكن القول أن استعمال غيره في هذا المجال قد يكون نوعاً من النشاز في الفقه والقضاء .

(١) ولذلك فالمؤجر ليس في حاجة إلى حكم قضائي لكي يستطيع مطالبة المستأجر من الباطن ، بل إن القانون هو الذي أوجب عليه الوفاء مباشرةً .

٩- استعمال الدعوى المباشرة في حالات تلتبس خطأ بها:

شاع في حالات عديدة استخدام مصطلح الدعوى المباشرة في غير موضعها. فهناك حالات عديدة يقال فيها على سبيل الخطأ أن للدائن دعوى مباشرة. في حين أننا لو دققنا النظر فيها لوجدنا أن هذه الحالات لا تنتمي إلى الدعوى المباشرة بمعناها الفني الدقيق، وإنما قد تلتبس بها على سبيل الخطأ. وللأسف فإن هذا الخطأ الشائع ليس قاصراً على الفقه والقضاء، وإنما تعدى ذلك إلى المشرع نفسه.

فالقانون التجاري ينص على دعوى مباشرة لحامل الكمبيالة lettre de chargeفي مواجهة المسحوب عليه القابل للكمبيالة[1]، حيث يلتزم بقبوله للكمبيالة بالوفاء بها عند حلول الأجل، وإلا فإن الحامل أو المستفيد يملك ضده دعوى مباشرة.

ومما لا شك فيه أن مصطلح الدعوى المباشرة ورد على سبيل الخطأ من المشرع التجاري، حيث إن المقصود بذلك نظام فني خاص بقانون الصرف droit combiaire ولا شأن له بالدعوى المباشرة على النحو الذي عرضنا له. فموقف الدائن الصرفي يختلف تماماً عن موقف الدائن المباشر في القانون المدني[2]. كما شاع في الفقه والقضاء القول بأن للمشتري الأخير دعوى مباشرة ضد البائع الأصلي أو المنتج وهو ما يطلق عليه المجموع العقدي أو السلسلة العقدية chînes de contrat. ومثال ذلك دعوى المشتري بالضمان على البائع لبائعه.

(١) المادة ١٢٨ من القانون التجاري الفرنسي.

(٢) Marty et Raynaud. N° 158; encycl. D. N° 3.

وفي الحقيقة إن هذا الرجوع لا ينتمي إلى الدعوى المباشرة على النحو المعروف في القانون المدني، حيث لا يوجد نص يقرر الدعوى في هذه الحالة، بل إن ممارسة الدعوى في هذا الصدد ينبني على أن المشتري باعتباره خلفًا خاصًا تنتقل إليه الحقوق المعتبرة من مستلزمات الشيء[1]. والدليل على ذلك أن هذه الدعوى لا يستطيع أن يمارسها السلف (البائع) وذلك على خلاف الدعوى المباشرة للمؤجر حيث يستطيع المستأجر الأصلي مطالبة المستأجر من الباطن ما دام لم تتم مطالبته من قبل المؤجر ويتجمد الدين لمصلحته بناءً على هذه المطالبة[2].

وكذلك الحال في الاشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui جرت العادة على القول أن للمستفيد دعوى مباشرة في مواجهة المتعهد.

ولكن لا شك في أن هذا لا يعتبر من قبيل الدعوى المباشرة بمعناها الفني، حيث إن رجوع المستفيد المباشر يستند على العقد الذي أنشأ الحق لصالحه. فهو ينشأ من الإرادة في حين أن الدعوى المباشرة تنشأ بإرادة المشرع نفسه، وبعيداً كليةً عن إرادة

---

(١) أستاذنا الكبير الدكتور البدراوي، الوجيز في عقد البيع ص٣١٨ - جميل الشرقاوي، عقد البيع والمقايضة ص١٩١. وفي فرنسا:

Mazeaud. N° 805-3; Planiol et Ripert. T. X. N° 104.

Civ 4 fév. 1963. J. C. P. 1963. 11. 13159. Note R. Savatier.

Trib. grand. inst. Seine 6 fév. 1962. gas. pal. 1962. 2. 18.

Bordeaux 11 janv 1888. D. 89. 2. 11.

Civ 12 Nov. 1884. D. 85. 1. 357.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء ٢، الإثبات - آثار الالتزام سنة ١٩٦٨، رقم ٥٦٠.

طرفي العقد[1].

ويمكن القول بصفة عامة أن العادة قد جرت في كل العمليات القانونية ثلاثية الأطراف -التي تنتج آثاراً في مواجهة الغير- على تأسيسها على الدعوى المباشرة. كما هو الحال في النيابة في التعاقد représentation حيث يقال إن للأصيل دعوى مباشرة في مواجهة المتعاقد مع النائب والعكس.

وكذلك الحال في الفضالة حيث يقال أن لرب العمل دعوى مباشرة ضد من تعامل مع الفضولي والعكس.

ولا شك أن أساس الرجوع في هذه الحالة ليس بالتأكيد الدعوى المباشرة، وإنما يتم على أساس قواعد النيابة المعروفة في القانون المدني، وذلك بعد أن اختفى شخص النائب حيث إنه لم يتعاقد إلا باسم الأصيل ولحسابه[2].

وأخيراً فإنه عند التنازل عن الإيجار cession de contrat قد يقال أن هناك دعاوى مباشرة تنشأ بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار، بحيث يكون لكل منهما رجوعاً مباشراً على الآخر.

---

(١) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢، بدون ناشر، رقم ٣٧٧.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، أحكام الالتزام، رقم ٥٦٩. وفي الفقه الفرنسي:
encycl. D. N° 1; Marty et Raynaud. N° 158.

ولكن في الحقيقة فإن ذلك الرجوع المباشر إنما يتأسس على قواعد الحوالة، وليس على أساس الدعوى المباشرة بمعناها الفني. حيث يتضمن التنازل عن الإيجار حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته. ويعتبر المستأجر المتنازل فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة الذي حوله إلى المتنازل له في مركز المحيل cédant [1].

المبحث الثاني
خصائص الدعوى المباشرة للمؤجر

١٠- تمهيد :

تتسم الدعوى المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها. فهي تتضمن خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني، كما أنها لا تتقرر إلا بنص فهي دائماً ذات أصل تشريعي بعيد عن إرادة الطرفين، وبالإضافة إلى ذلك فإن هذه الدعوى تتميز بالسرعة والبساطة في الإجراءات إذا قورنت بغيرها.

وأخيراً فإنه يترتب عليها وجود التزام تضامني لمصلحة المؤجر، إذ يكون له مدينان مسئولان أمامه عن عدم الوفاء بدون تضامن بينهما في المسئولية.

(١) نقض مدني ٧/ ٦/ ١٩٩٢ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٥٧ ق. معوض عبد التواب ص٥١٣.
نقض مدني ١٢/ ١٢/ ١٩٩٠ الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٥٥ ق. معوض عبد التواب ص٥١٢.
نقض مدني ٨/ ١٢/ ١٩٦٦ الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٢ ق. معوض عبد التواب ص٥٠٩.
civ 7 janv 1947. J. C. P. 1947. 11. 3510. Note Becqué.
civ 26 Nov 1857. D. P. 58. 1. 104.

وسوف نبين كلاً من هذه الخصائص بالتفصيل على الوجه الآتي :

١١ – خروج الدعوى المباشرة للمؤجر على القواعد العامة:

تتضمن الدعوى المباشرة المقررة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني من ناحيتين :

الأولى : أن فيها خروجاً على مبدأ نسبية آثار الاتفاقات principee de relativté . ذلك المبدأ المقرر منذ القانون الروماني والمنصوص عليه في القانون المصري[1] وفي القانون الفرنسي[2] .

الناحية الثانية : أنها تتضمن خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين العاديين في التنفيذ على أموال المدين . تلك القاعدة المنصوص عليها صراحةً في القانون المصري والقانون الفرنسي[3] .

---

(١) تنص المادة ١٥٢ مدني مصري على أنه "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً" ، وتنص المادة ١٤٥ منه على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . . . . . " .

(٢) تنص المادة ١١٦٥ مدني فرنسي على أنه "لا يكون للاتفاقات أثر إلا بين المتعاقدين، ولا يمكن للاتفاق أن يضر الغير أبداً ويمكن أن يفيده في الحالة المنصوص عليها في المادة ١١٢١" .

(٣) تنص المادة ٢٣٤ مدني مصري على أنه "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون" ، ويقابل هذه المادة نص المادة ٢٠٩٣ مدني فرنسي .

١٢ - خروج الدعوى المباشرة للمؤجر على مبدأ نسبية آثار العقد:

تتضمن الدعوى المباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن استثناءً خطيراً على مبدأ نسبية آثار العقد، حيث لا يكون سارياً إلا على من كان طرفاً فيه ولا يتعدى أثره إلى الغير.

ولذلك فإنه طبقاً لهذه القاعدة لا يكون من حق المؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بأي التزام ناشئ عن عقد الإيجار من الباطن، حيث إن طرفي هذا العقد هما المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، أما المؤجر فهو يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، وكان ينبغي ألا يسري هذا العقد في حقه.

ومع ذلك فإن المادة ٥٩٦/ ١ من القانون المدني وكذلك المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي قد نصتا على تخويل المؤجر الرجوع المباشر على المستأجر من الباطن[1]

١٣ - مبررات خروج المشرع على مبدأ نسبية آثار الاتفاق:

ويمكن تبرير هذا الخروج على مبدأ نسبية آثار الاتفاق بالعدالة équité، حيث إن المستأجر من الباطن قد استفاد من المؤجر في شغل الأماكن المؤجرة والحصول على منفعتها، وبما أنه يتمتع بماله فمن العدل أن ينشأ لهذا المؤجر دعوى مباشرة في مواجهته

---

(١) السنهوري، أحكام الالتزام، رقم ٥٥٥ - مصطفى الجمال، رقم ٢٨٤ - أحمد سلامة، رقم ١٢٠ - الياس نصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، جزء ٥ : تنفيذ العقد، بيروت ١٩٩٠، ص٦٣.

Jacques Flour et jean-luc Aubert. L'acte juridique. 4^{e} éd. N^{o} 454.
Mazeaud. les obligations. théoree générale 8 éd 1990. N^{o} 766.

حتى يستأثر وحده بأجرة الإيجار من الباطن[1] .

ومع ذلك فإن بعض الفقه يرى أن اعتناق فكرة المجموع العقدي، تؤدي إلى حد كبير للاستغناء عن الدعوى المباشرة، لأن هذه الفكرة تؤدي إلى توسيع دائرة أطراف العقد، بحيث يعتبر طرفاً في العقد من كان طرفاً في المجموع العقدي ككل حتى لو لم يكن طرفاً في عقد معين. ولهذا فإن أطراف المجموع العقدي لا يكون من الغير بالنسبة للعقود الداخلة في إطار المجموع، ومن ثم يمكن رفع الدعوى الناشئة من العقد دون حاجة إلى تقرير دعوى مباشرة لهم من المشرع. فالمؤجر والمستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن يعتبرون أطرافاً في مجموع عقدي يتكون من عقد الإيجار الأصلي وعقد الإيجار من الباطن، ومن ثم يجوز للمؤجر الرجوع على المستأجر من الباطن والعكس دون حاجة إلى الدعوى المباشرة، لأنهما ليسا من الغير في المجموع العقدي. ولهذا فلا تعتبر الدعوى استثناءً على الأثر النسبي بل تتفق معه[2] .

ومع ذلك فإننا نرى أن فكرة المجموع العقدي مجرد اجتهاد فقهي، لا يجوز أن يمس مبدأ المساواة بين الدائنين. ذلك لأن تقرير الدعوى المباشرة للمؤجر على أساس المجموع العقدي -على فرض عدم وجود نص- يؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين

(١) السنهوري، عقد الإيجار، قم ٣٥٦ - أحمد محمود سعد، مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني، دراسة مقارنة، العقد والإرادة المنفردة ١٩٩٠، دار النهضة العربية بالقاهرة، رقم ٢٤٧ .

A. Duranton. cours de droit civil français suivant le code civil T. XV11. N° 161.

(٢) أستاذنا الدكتور حسام الأهواني، رقم ٣٧٢. وفي الفقه الفرنسي :

B. Teyssié. les groupes des contrats. L. g. d. j. 1973. N° 476 et s.

الدائنين . إذ يترتب عليها أن يوجد المؤجر في حالة متميزة بالمقارنة بغيره من الدائنين . وهذا لا يجوز -في رأينا- إلا بناءً على نص .

١٤- إخلال الدعوى المباشرة للمؤجر بمبدأ المساواة بين الدائنين:

يترتب على الدعوى المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن الإخلال بالمساواة بين الدائنين العاديين حيث إن هذه الدعوى لا يقصد منها تمكين المؤجر من المحافظة على الضمان العام أو المشترك بين الدائنين gage commun ، وإنما يقصد منها حماية المؤجر من خطر عدم كفاية هذا الضمان والخضوع بالتالي لقسمة الغرماء au marc le franc [١].

فالمشرع قرر للمؤجر حماية خاصة وضمانًا إضافيًا إذ يكون له رجوع مباشر على المستأجر من الباطن لمطالبته بما يكون مديناً به للمستأجر الأصلي ، ويستأثر وحده بحصيلة هذه المطالبة دون أن يتعرض لخطر مزاحمة باقي دائني المستأجر الأصلي ، حيث لا يمر الحق الذي يحكم به بذمة هذا الأخير ، وإنما يحصل عليه المؤجر مباشرة من المستأجر من الباطن لأنه يطالب بحق خاص به وباسمه ولحسابه [٢] .

---

(١) مصطفى الجمال ، رقم ٢٨٤ .

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، دروس في أحكام الالتزام ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٩ ، رقم ٧٦- لبيب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، الإثبات ، أحكام الالتزام ، بدون ناشر ولا تاريخ ، رقم ٢٦٠ - إلياس نصيف ص٦٤ .

ويمكن تبرير ذلك بدافع العدالة والإنصاف حيث إن الالتزام بقاعدة المساواة يكون من شأنها أن تؤدي إلى نتيجة تتناقض وقواعد العدالة وهي مشاركة الدائنين الآخرين للمؤجر في الحق الذي تسبب هو في إيجاده[1]. فبدون شك أن السبب في وجود حق المستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن هي المنفعة التي قدمها المؤجر. فلولا هذه المنفعة ما صار المستأجر الأصلي دائناً بالأجرة للمستأجر من الباطن، لذلك قضت قواعد العدالة تخويل المؤجر ميزة خاصة باستئثاره بالأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن، دون أن يقاسمه فيها دائنو المستأجر الأصلي الآخرين[2].

وبناءً على ذلك فإن منح الدعوى المباشرة للمؤجر لا يمكن تبريره إلا على أساس تلك الرابطة الوثيقة بين دين المستأجر الأصلي بالأجرة لدى المستأجر من الباطن وحق المالك في هذه الأجرة. فلا شك أن تلك الرابطة كانت هي الدافع الأساسي للمشرع عندما نص على هذه الدعوى[3] وما يترتب عليها من وجود المؤجر في مركز متميز بالمقارنة بغيره من الدائنين. ومع ذلك فإن هذا المركز المتميز لم يسع المؤجر إلى إيجاده وإنما تواجد فيه مصادفة نتيجة التأجير من الباطن ونص المشرع له على حق الرجوع

(١) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦.

(٢) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الرابع: أحكام الالتزام ١٩٩٢، رقم ١٥٦ - أنور سلطان، رقم ٣٤.

Demolombe. traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général. T. 11. 2e éd. N° 139.

(٣) Mazeaud. obligations. N° 806.

المباشر، دون أن يكون ذلك نتيجة تدبير أو احتياط أو عمل إرادي من جانب المؤجر[1] .

وأياً ما كان الأمر في تبرير هذا الخروج على القواعد العامة، فإنه من المؤكد أن الدعوى المباشرة تتضمن استثناءً خطيراً على قاعدة المساواة بين الدائنين . ولكننا مع ذلك لا نرى عيباً في هذا الاستثناء، فالمشرع هو الذي قرر هذه القاعدة لمصلحة جميع الدائنين، وهو الذي يملك الخروج عليها إذا وجد أن العدالة أو المصلحة تقتضي ذلك . وهذا بالضبط ما فعله المشرع بتقريره الدعوى المباشرة .

١٥ - الدعوى المباشرة للمؤجر مقررة بنص خاص:

لما كانت الدعوى المباشرة للمؤجر تتضمن خروجاً على القواعد العامة على النحو الذي عرضناه آنفاً، فإنها لا يمكن أن تنشأ إلا بنص خاص، حيث إنها استثناء والاستثناء يحتاج إلى نص يقرره لذلك فإن الدعوى المباشرة للمؤجر قد قررها القانون المدني المصري في المادة ٥٩٦ والقانون المدني الفرنسي في المادة ١٧٥٣ .

لذلك فالإجماع يكاد ينعقد على مبدأ شرعية الدعوى المباشرة، بمعنى أنه لا بد من نص خاص يقررها في كل حالة يريد المشرع منحها لدائن معين، وبحيث إنه لا يتصور أن تنشأ دعوى مباشرة خارج النصوص التشريعية[2] .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد، ص١٤، ١٦ .

(٢) السنهوري، رقم ٥٥٦ -أستاذنا الدكتور البدراوي، رقم ١١٤ -اسماعيل غانم، رقم ١٠٦- سليمان مرقس، رقم ١٥٦ - أحمد سلامة، رقم ١٢٠، لبيب شنب، رقم ٢٦٠ - جميل الشرقاوي، ص٨٨. وفي الفقه الفرنسي: =

على أنه يجب أن نشير إلى أنه ليس معنى ذلك وجوب أن يكون النص على الدعوى المباشرة بطريقة صريحة بذكر عبارة الدعوى المباشرة، بل يكفي أن يحتوي النص على العناصر الجوهرية المكونة للدعوى المباشرة. ولعل هذا هو مسلك المشرعين المصري والفرنسي فلم يشر أي منهما إلى عبارة الدعوى المباشرة وإنما اشتمل النص فقط على نظام هذه الدعوى[1] مما ترتب عليه استخلاص الفقه والقضاء وجود الدعوى المباشرة للمؤجر.

ويترتب على الصفة الاستثنائية للدعوى المباشرة للمؤجر وجوب تفسيرها تفسيراً ضيقاً، حيث إن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره. على أن ذلك التفسير الضيق لا يعني إطلاقاً التفسير الحرفي للنص، حيث يجب دائماً الأخذ في الاعتبار الهدف الذي يبتغيه المشرع[2].

ويلاحظ أنه يجوز للمؤجر أن يحجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن، ولو لا وجود النص المقرر للدعوى المباشرة له ضد المستأجر من الباطن ما استطاع إلى ذلك سبيلاً. حيث إنه بمقتضى هذا النص يكون المستأجر من الباطن مديناً مباشراً له، فيكون مدين المستأجر من الباطن مديناً لمدينه فيصح الحجز تحت يده[3].

= Planiol et Ripert. T. V 11. N° 925; Flour et Aubert. N° 454; Mazeaud N° 806; Couziar N° 114; Marty et Raynaud. N° 156.

(١) encycl. D. N° 25; Couziar. N° 115.

(٢) Mazeaud. N° 806; encycl. D. N° 47.

(٣) السنهوري، رقم ٥٥٦ - ديموج جزء ٧ رقم ٩٩٣.

وبناءً على ذلك فإننا لا نؤيد ما يذهب إليه البعض من أن المشرع ليس هو الذي يتحكم في تقرير الدعوى المباشرة، بل يحكم ذلك ضابط معين هو وجود ارتباط بين التزام المدين الأصلي والتزام مدين المدين[1]. أو أن فكرة المجموع العقدي قد تحد من مبدأ اللجوء إلى الدعوى المباشرة بما تخوله لأي طرف في أحد عقود المجموع من الرجوع المباشر على أطراف العقود الأخرى في المجموع ذاته استناداً إلى فكرة المجموع العقدي ذاتها، ودون حاجة إلى نص خاص[2].

ذلك لأن مثل هذا الرأي يترتب عليه إهدار مبدأ المساواة بين الدائنين وتقرير موقف متميز لدائن على غيره بما يترتب عليه الإضرار بباقي الدائنين. وهذا لا يجوز -في رأينا- إلا بنص في القانون. لأن الاجتهاد الفقهي مهما علا شأنه أو كانت وجاهته لا يمكن أن يكون سبباً في تمييز دائن على آخر، وإنما يكون ذلك من صنع المشرع وطبقاً لإرادته. ومع ذلك فإننا لا ننكر أن هذا الارتباط قد يكون هو الدافع للمشرع وراء تقرير الدعوى المباشرة.

١٦ - بساطة الدعوى وسرعة إجراءاتها:

تؤدي الدعوى المباشرة المقررة للمؤجر إلى تبسيط إجراءات الوفاء simpelicité de procedures وسرعة الحصول عليه، حيث تجمع إجراءات الوفاء في عملية قانونية

(١) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ١٩٩٨، ص١٦٢.

(٢) مصطفى الجمال، رقم ٢٨٤.

واحدة، في حين أنه بدون الدعوى المباشرة كان يجب أن تتم في عمليتين قانونيتين(١).
ولذلك تعتبر الدعوى المباشرة -بحق- من طرق الوفاء المبسطة(٢).

وبيان ذلك أن المؤجر لا يستطيع أن يصل إلى المستأجر من الباطن -بدون الدعوى المباشرة- إلا من خلال الدعوى غير المباشرة أو حجز ما للمدين لدى الغير. ولا شك أن هذين النظامين يتسمان بإجراءات أكثر طولاً وتعقيداً من إجراءات الدعوى المباشرة، فضلاً عن عدم توفير الضمان الكافي للمؤجر في الحصول على حقه كاملاً.

ففي الدعوى غير المباشرة يجب على المؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن فيقوم هذا الأخير بالوفاء للمستأجر الأصلي، ثم يقوم المؤجر بعد ذلك بمطالبة المستأجر الأصلي والحجز عليه، حيث إن الدعوى غير المباشرة تمهيد للحجز(٣). فهي وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية(٤) وإن كانت إلى الأولى أقرب، فهي بالتأكيد أكثر من مجرد إجراء تحفظي، ولكنها على أية حال أقل من الحجز. حيث إنها تدخل الحصيلة في ذمة المستأجر الأصلي، ولكن يجب بعد ذلك إيقاع الحجز لكي

---

(١) Starck et Boyer. les obligations. le régime. 3e éd. Litec N° 548.

(٢) نبيل سعد، ص٢٢.

(٣) أستاذنا الدكتور عبد المنعم البدراوي، رقم ١١٣.

(٤) Marty et Raynaud. N° 684.

يستفيد المؤجر من حصيلتها[1] . أما الدعوى المباشرة فهي عمل تنفيذي إذ تؤدي إلى حصول المؤجر على حقه مباشرة .

وبالإضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز للمؤجر مباشرة الدعوى غير المباشرة إلا إذا تكاسل المستأجر الأصلي عن مباشرة حقه في مواجهة المستأجر من الباطن، وأن يؤدي ذلك إلى إعساره أو إلى تفاقم إعساره[2] كما يستطيع المستأجر الأصلي في أي مرحلة أن ينحي المؤجر إذا نشط وطالب هو بحقه، حيث يجب اختصامه دائماً وإلا كانت الدعوى غير مقبولة .

أما الدعوى المباشرة فلا يشترط فيها إهمال المستأجر الأصلي أو إثبات إعساره[3]، كما لا يملك المستأجر الأصلي أن ينحي المؤجر عن ممارسة الدعوى[4] لأنه يمارسها باسمه ولحسابه بناءً على السلطة الممنوحة له من القانون في التوجه مباشرةً إلى المستأجر من الباطن[5] .

ولكن بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير؛ ألا يؤدي إلى وصول المؤجر مباشرةً إلى المستأجر من الباطن على غرار الدعوى المباشرة؟

---

(١) Couzian. N° 32.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، رقم ٧٦ .

(٣) مصطفى الجمال، رقم ٢٨٦ .

(٤) سليمان مرقس، رقم ١٥٦ .

(٥) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦ .

والجواب أن الدعوى المباشرة تظل دائماً هي الأكثر فائدة للمؤجر، سواء على صعيد الإجراءات المبسطة أو على صعيد تميزه على باقي الدائنين.

فمن المعروف أن إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير تتسم بالتعقيد والشكليات، وإلا ترتب البطلان على عدم مراعاة ذلك. وهو يتم على مرحلتين:

المرحلة الأولى تحفظية تتمثل في التنبيه الرسمي على مدين المدين (المستأجر من الباطن) بعدم الوفاء. والغرض من هذا التنبيه تجميد الدين ومنع الوفاء به.

أما المرحلة الثانية فتنفيذية تتمثل في الحصول على حكم بصحة الحجز ويأمر القاضي المستأجر من الباطن بالوفاء للحاجز (المؤجر) بما في ذمته[1]. ويتم ذلك كله وفقاً لإجراءات معينة ومواعيد محددة وإلا ترتب البطلان. وفي النهاية وبعد ذلك كله فإن الحاجز لا يستأثر وحده بحصيلة الحجز، بل من الممكن أن يشاركه أي دائن آخر اشترك معه في إيقاع الحجز. وذلك على خلاف الحال في الدعوى المباشرة حيث يستأثر الحاجز وحده بحصيلتها.

والخلاصة أنه من المؤكد أن الدعوى المباشرة تقدم للمؤجر ميزة إجرائية وبساطة في الوفاء لا يمكن مقارنتهما بالوسائل الأخرى الموضوعة تحت تصرفه كالدعوى غير المباشرة وحجز ما للمدين لدى الغير، إذ تتعدد الإجراءات وتتشابك في هاتين الوسيلتين الأخيرتين، وذلك على خلاف الدعوى المباشرة التي لا تتعدد فيها الإجراءات، بل تتم بإجراء واحد يصل مباشرةً إلى المستأجر من الباطن، حيث يكون

(١) أستاذنا الدكتور البدراوي، رقم ١١٣.

المدعي هو المؤجر والمدعى عليه هو المستأجر من الباطن والهدف هو الحصول على الوفاء مباشرةً للمؤجر بما يكون ثابتاً في ذمة المستأجر من الباطن تجاه المستأجر الأصلي[1] .

١٧ – تنشئ الدعوى المباشرة لمصلحة المؤجر التزاماً تضامنياً:

يترتب على تخويل المؤجر حق مطالبة المستأجر من الباطن بصفة مباشرة أن يصير لهذا المؤجر مدينان: المستأجر الأصلي، والمستأجر من الباطن. ويكون له أن يطالب هذا أو ذاك بحسب مشيئته. فالدعوى المباشرة ليست التزاماً واجباً عليه، بل هي مجرد رخصة faculté له أن يمارسها أو لا يمارسها، فقد يفضل الرجوع على المستأجر الأصلي إن كانت له مصلحة في ذلك كما لو كان موسراً[2] .

ولكن يلاحظ أنه ليس معنى وجود مدينين للمؤجر أنه سيستوفي حقه مرتين، بل إنه سيأخذ حقه فقط دون زيادة. ويترتب على ذلك أنه إذا استوفى حقه من المستأجر الأصلي برئت ذمة المستأجر من الباطن ولا يكون له رجوع عليه. وإذا استوفى حقه من المستأجر من الباطن فليس له رجوع على المستأجر الأصلي، اللهم إلا إذا كان وفاء المستأجر من الباطن لا يكفي لسداد دينه كاملاً[3] . وبهذا يتحقق للمؤجر ضمان قوي

---

(١) رمضان أبو السعود، ص١٦٣ – كوزيان رقم ٤١ .

(٢) Marty et Raynaud. N° 163; encycl. D. N° 71.
السنهوري، رقم ٥٦٣ – رمضان أبو السعود – إلياس نصيف، ص٧٨ .

(٣) إلياس نصيف، ص٧٨ .

في الحصول الكامل على حقه[1].

ويجمع الفقه[2] والقضاء[3] على أن التزام المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن لمصلحة المؤجر هو التزام تضامي solidum وليس التزاماً تضامنياً solidaire.

ذلك لأن التضامن وصف عارض يلحق الالتزام وهو لا يفترض، بل يجب أن يتقرر بنص القانون أو بإرادة الطرفين[4].

أما الالتزام التضامي فهو ليس وصفاً modalité من أوصاف الالتزام ينشأ بالاتفاق أو بنص القانون وإنما يحصل بالضرورة من طبيعة الأشياء[5]. ويسير القضاء الفرنسي في أحكامه على التفرقة بين التضامن والتضام دون أن يخلط بينهما[6].

---

(١) civ 27 déc 1960. D. 1961. 491. Note J. Bigot.

(٢) Viney. la responsabilité: effets. L. g. d. j. 1988. N° 421; Couzian N° 456; encycl. D. 71; Marty et Raynaud. N° 163.
السنهوري، رقم ٥٦٣ - إلياس نصيف، ص٧٨.

(٣) Civ 30 Mars 1965. D. 1965. 442.
Civ 24 Oct 1938. D. H. 1938. 610.
Civ 27 Fév 1933. D. H. 1933. 219.
Paris 8 Avril 1935. D. H. 1935. 339.

(٤) تنص المادة ٢٧٩ مدني مصري على أنه "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون". ويقابل ذلك المادة ١٢٠٢ من القانون المدني الفرنسي.

(٥) Chevallier. obs. à la Rev. trim. dr. civ. 1964. p. 731; Couzian. N° 458.

(٦) Civ 7 dec 1964. J. C. P. 1965. 1V. 5.
Civ 30 Avril 1960. R. G. A. T. 1961. 354. obs. A. B.
ومع ذلك فإننا نشير إلى وجود شبه كبير بين التضامن والتضام. فكل منهما يقوم على وحدة الدين وتعدد الروابط التي تجمع بين الدائن وبين كل مدين. ويستطيع الدائن أن يطالب أي مدين بالدين كله ولعل الفارق بينهما أنه في التضامن توجد نيابة تبادلية بين=

ونشير في النهاية إلى أن الدعوى المباشرة تتسم بالصفة الآمرة caractère impérative ولذلك لا يجوز الاتفاق بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن على حرمان المؤجر من ممارستها، أو الاتفاق على شروط غير المنصوص عليها في القانون، أو الاتفاق على تعديل آثارها . فكل ذلك سيكون عديم الأثر قانوناً inopérant . لأن الدعوى المباشرة تقوم على أساس قانوني صرف، على خلاف الاشتراط لمصلحة الغير الذي يعتمد أساساً على الاتفاق بين المتعاقدين لمصلحة الغير[1] .

١٨ - خلاصة وتعليق:

والخلاصة أن هذه الخصائص التي تتصف بها الدعوى المباشرة للمؤجر تجعل منها نظاماً قانونياً له أصالته وخصوصيته التي تميزه عن غيره من النظم القانونية . مما يجعل منها نظاماً قانونياً فريداً قد يقترب في بعض الأحيان من بعض النظم ولكنه يظل دائماً له أصالته وتفرده . وسيتضح الأمر كثيراً عند الكلام في الفصل الثاني عن الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة للمؤجر .

= المدينين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم، في حين لا توجد هذه النيابة في الالتزام التضامني انظر في ذلك عبد الفتاح عبد الباقي، رقم ١٥٧ . بالإضافة إلى اختلافهما في المصدر كما سبق أن أشرنا . انظر المادة ٢٧٩ مدني مصري والمادة ١٢٠٢ مدني فرنسي .

(١) Couzian. N° 320 .

الفصل الثاني
نطاق تطبيق الدعوى المباشرة للمؤجر وطبيعتها القانونية

١٩ - تمهيـد وتقسيـم :

لعله من المنطقي بعد أن حددنا مفهوم الدعوى المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن، وبيّنا خصائصها القانونية التي تميزها عن غيرها من النظم القانونية التي قد تلتبس بها، أن نوضح نطاق تطبيق هذه الدعوى، حيث إنه من المسلم به أن لها صفة استثنائية مما يجعل لها نطاق تطبيق محدد لا تتجاوزه إلى غيره.

وبناءً على ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : نطاق تطبيق الدعوى المباشرة للمؤجر.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة للمؤجر.

المبحث الأول
نطاق تطبيق الدعوى المباشرة للمؤجر

٢٠ - تمهيـد :

تقتصر الدعوى المباشرة للمؤجر على حالة التأجير من الباطن sous-location. أي قيام المستأجر الأصلي بتأجير حقه في الإيجار إلى الغير. أما إذا تصرف المستأجر الأصلي في حقه على نحو آخر، على سبيل التنازل مثلاً. فلا يكون للمؤجر في مواجهة المتنازل له دعوى مباشرة على النحو المنصوص عليه في المادة ٥٩٦ مدني مصري والمادة ١٧٥٣ مدني فرنسي. ومع ذلك فإنه من الناحية العملية قد تدق التفرقة

بين الإيجار من الباطن والنزول عن الإيجار، لدرجة أن القانون الفرنسي -نظراً لظروف تاريخية- لا يرى أي اختلاف بينهما في الطبيعة بل في الدرجة فقط.

وبالإضافة إلى ذلك فإنه بالرغم من وجود المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي التي استخلص منها أغلبية الفقه والقضاء وجود دعوى مباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن، إلا أن البعض ينكر على المؤجر وجود أية دعوى مباشرة يمكن استنباطها من النص متأثراً في ذلك بالظروف التاريخية التي وضع فيها النص.

وأخيراً فإن الدعوى المباشرة قررت للمؤجر بالنص وبالتالي فلا يجوز تخويلها للمستأجر من الباطن. ومع ذلك فإن البعض قد قاس المستأجر من الباطن على المؤجر في هذا الشأن، وقرر له نفس الدعوى المباشرة على سبيل القياس. وسوف نقوم بتوضيح هذه النقاط تفصيلاً.

٢١ - اقتصار الدعوى المباشرة للمؤجر على حالة التأجير من الباطن:

لا يجوز للمؤجر ممارسة الدعوى المباشرة إلا إذا قام المستأجر بتأجير حقه في الإيجار إلى الغير. وهو ما يطلق عليه التأجير من الباطن أو الإجارة الثانوية[1]. وذلك لأنه من المسلم به في القانون المدني جواز التأجير من الباطن ما لم يتفق على غير

(١) وترجع هذه التسمية إلى أن الإجارة الثانية تعتبر حاصلة من باطن الأولى. أو أن الأولى أصلية بالمقارنة بالثانية التي تعتبر ثانوية. انظر في ذلك: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة - عقد الإيجار، الطبعة الرابعة سنة ١٩٩٣، رقم ٢٣٩ هامش ٢٩.

ذلك[1]. حيث يعتبر الإيجار من الباطن تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز التصرف في الدين أو في العين، والمستأجر في إيجاره من الباطن إنما يتصرف في دين له في ذمة المؤجر[2].

ويميز الفقه والقضاء في مصر بدقة بين الإيجار من الباطن الذي يجوز معه للمؤجر ممارسة الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن وبين التنازل عن الإيجار الذي لا يجيز ذلك حيث تنشأ علاقة قانونية كاملة بينهما على أساس عقد التنازل.

ويعرف الإيجار من الباطن بأنه عقد يؤجر به المستأجر الأصلي منفعة العين المؤجرة له إلى آخر بأن يلتزم حيال هذا الأخير بتمكينه من الانتفاع بتلك العين كلها أو بعضها مدة معينة لقاء أجر معلوم يؤديه المستأجر من الباطن إليه[3].

أما التنازل عن الإيجار فهو نقل المستأجر لجميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها. ويكون بهذه المثابة بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل[4].

---

(١) المادة ٥٩٣ مدني مصري والمادة ١٧١٧ مدني فرنسي. وقد تقدم ذكرهما في مقدمة البحث.

(٢) السنهوري، عقد الإيجار رقم ٣٩٨.

(٣) نقض مدني ٣٠/ ١٠/ ١٩٩٥ الطعن رقم ٤٢٣٩ لسنة ٦١ ق. معوض عبد التواب ص٣٢٦.
نقض مدني ١٦/ ٦/ ١٩٧٩ الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٢ ق. معوض عبد التواب ص٣٠٩.
عبد الناصر العطار، شرح أحكام الإيجار، الطبعة الثانية رقم ١٧٣ - كمال قاسم ثروت، شرح أحكام عقد الإيجار، الجزء الثاني سنة ١٩٧٦ بغداد، مطبعة أوفسيت الوسام، رقم ١٨٦ - مرقس، الإيجار رقم ٢٤٠.

(٤) نقض مدني ٢٠/ ١/ ١٩٨٢ الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٥١ ق. معوض عبد التواب ص٣١٠.

ويترتب على ذلك اختلاف الإيجار من الباطن اختلافاً جوهرياً عن التنازل عن الإيجار: ففي الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي، وتسري على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن، وبصرف النظر عن أحكام عقد الإيجار الأصلي. في حين أن التنازل عن الإيجار ينشئ علاقة قانونية مباشرة وكاملة بين المؤجر والمتنازل له، حيث يتم التنازل بنقل المستأجر لجميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها. أما التأجير من الباطن فلا يعدو أن يكون عقد إيجار يقع على حق المستأجر ذاته، ويستوي أن يقع على العين المؤجرة كلها أو بعضها[1].

وترتيباً على أن الدعوى المباشرة للمؤجر لا تكون إلا في حالة التأجير من الباطن رفض القضاء الفرنسي الاعتراف بالدعوى المباشرة ضد المستأجر من صاحب حق الانتفاع usufruitier.[2] وكذلك ضد نزيل الفندق المتعاقد مع المستأجر[3].

---

(١) نقض مدني ٦/ ١٢/ ١٩٨٤ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٩ ق. معوض عبد التواب ص٣١١.
نقض مدني ٩/ ٥/ ١٩٨٤ الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٤٩ ق. معوض عبد التواب ص٣١١.

(٢) MontPellier 16 juill 1953. D. 1954. somm. 4.
civ 16 Nov 1948. D. 1949. 26.

(٣) Req 15 juill 1902. D. P. 1905. 1. 38.
Poitiers 24 janv 1889. D. P. 1890. 2. 100.

٢٢ - صعوبة التمييز أحياناً بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار:

إذا كانت التفرقة بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن واضحة تماماً في ذهن المشرع المصري وكذلك لدى الفقه والقضاء في مصر، فإنه على العكس في فرنسا حيث لم تتضح هذه التفرقة في ذهن المشرع الفرنسي الذي لم ير أي اختلاف في الطبيعة de nature بينهما ولكن الاختلاف فقط في الدرجة degré . بمعنى أن العملية تعتبر إيجاراً من الباطن إذا انصبت فقط على جزء من العين المؤجرة، في حين تعتبر تنازلاً عن الإيجار إذا تعلقت بالشيء المؤجر كله. ولقد كان المشرع الفرنسي متأثراً في ذلك بآراء الفقهاء القدامى أمثال بوتييه، حيث كان لا يميز بين العمليتين(١) .

ولا شك في عدم دقة موقف القانون الفرنسي، لأن العمليتين القانونيتين متميزتان تماماً. فالتنازل عن الإيجار هو حوالة للحقوق والالتزامات الناشئة عن الإيجار، في حين أن الإيجار من الباطن يعتبر عقد إيجار يستوي أن يرد ذلك على العين المؤجرة كلها أو بعضها(٢) .

ولذلك فإن الفقه والقضاء الفرنسيين قد هجر ذلك الخلط بين النظامين وأصبح يميز بدقة بينهما(٣) . ومع ذلك فإنه من الناحية العملية قد يقع الخلط من المتعاقدين بين

---

(١) Baudry et Wahl. N° 1051; Couzian N° 126; Mazeaud. contrats. N° 1080.

(٢) نقض مدني ٦/ ١٢/ ١٩٨٤ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٩ ق. معوض عبد التواب ص٣١١ - السنهوري، عقد الإيجار رقم ٣٩٩.

(٣) P. Esmein. cession de la bail et sous-location. Rev. trim. dr. civ. 1924 p.251; Mazeaud. contrats. N° 1080; Couzian. N° 126. Civ 21 juin 1919. S. 1920. 1. 72.

النظامين، فيطلقان إحدى التسميتين على الأخرى. وهنا يجب على القاضي أن يخلع على العقد تكييفه القانوني الصحيح في ضوء ظروف التعاقد وشروطه، غير آبه بالتسمية التي أطلقها الطرفان. وإذا قام شك لدى القاضي ولم تسعفه الظروف في معرفة ما إذا كان المقصود تنازلاً عن الإيجار أو إيجاراً من الباطن، فإنه يفترض أن العملية القانونية هي إيجار من الباطن لأنه الغالب في عرف الناس، كما أنه هو الأقرب في آثاره إلى الإيجار الأصلي منه إلى النزول عن الإيجار(١).

٢٣ - الاختلاف في فرنسا حول وجود دعوى مباشرة للمؤجر بناءً على المادة (١٧٥٣):

قد ينص المشرع الفرنسي أحياناً بوضوح وصراحة على الدعوى المباشرة. وهو ما فعله في المادة ١٩٩٤ من القانون المدني التي نصت على أنه "يستطيع الموكل أن يرجع مباشرةً على الشخص الذي أنابه الوكيل". غير أنه في حالات أخرى قد لا يتسم النص على الدعوى المباشرة بهذا الوضوح وتلك الصراحة. وهذا هو الشأن في نص المادة ١٧٥٣ مدني المتعلقة بالدعوى المباشرة للمؤجر حيث تنص على أنه "لا يلتزم المستأجر من الباطن في مواجهة المالك إلا في حدود أجرة الإيجار من الباطن التي يمكن أن يكون مديناً بها وقت المطالبة".

فهذا النص قد صيغ -على حد تعبير البعض(٢)- بطريقة سلبية لا تدل بوضوح

(١) سليمان مرقس، الإيجار رقم ٢٤١ - عبد الناصر العطار، الإيجار رقم ١٧٣.

(٢) encycl. D. N° 44.

على منح دعوى مباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن. الأمر الذي ترتب عليه وقوع اختلاف كبير في الفقه والقضاء في فرنسا حول ما إذا كان هذا النص يسمح بمنح دعوى مباشرة للمؤجر من عدمه.

فذهب جانب من الفقه والقضاء إلى أن المؤجر لا يملك في مواجهة المستأجر من الباطن أية دعوى مباشرة، وليس له أن يمارس في مواجهته إلا الدعوى غير المباشرة كشأن سائر الدائنين الآخرين. وذلك لأنه لا توجد أية رابطة قانونية بين المؤجر والمستأجر من الباطن تبرر التزام هذا الأخير في مواجهته مباشرةً. والمادة ١٧٥٣ مدني التي جعلت المستأجر من الباطن ملتزماً في مواجهة المؤجر في حدود ما تبقى عليه من أجرة لم يقصد بها منح المؤجر دعوى مباشرة، بل قصد منها قصر امتياز المؤجر بمقتضى دعواه العينية action réelle التي كانت تنصب على جميع منقولات المستأجر من الباطن الموجودة في العين المؤجرة، حيث كانت هذه المنقولات تضمن كل الأجرة المستحقة للمؤجر، فأراد المشرع بهذا النص قصر ضمان هذه المنقولات على الأجرة المستحقة فقط على المستأجر من الباطن. ولم يكن في ذهن المشرع أبداً إنشاء دعوى شخصية مباشرة للمؤجر ولكن فقط تقييد نطاق الدعوى العينية التي كانت موجودة لمصلحته[1].

(١) Baudry et Wahl. N° 1145; Colin et Capitant. T. 11. N° 540; Planiol et Ripert. T. X. N° 559.
Req 8 Nov 1882. D. 1883. 1. 305
Civ 26 Fév 1816. S. 1817. 1. 420.

ولذلك فإن البعض من أنصار هذا الرأي قد رأى أن الدعوى المقررة بالمادة ١٧٥٣ مدني مجرد صنو أو مثيل doublet للمادة ١١٦٦ التي تنص على الدعوى غير المباشرة، وبذلك تعتبر المادة ١٧٥٣ تزيداً من المشرع لا فائدة منه[1].

بينما رأى البعض الآخر في المادة ١٧٥٣ مدني أنها تقرر دعوى غير مباشرة ممتازة[2].

أما الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين فيذهب إلى أن المادة ١٧٥٣ مدني تقرر دعوى مباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن وذلك عن طريق التأويل. حيث إن النص قرر التزام المستأجر من الباطن في مواجهة المؤجر، الأمر الذي يستفاد منه ضمناً أن للمالك دعوى شخصية مباشرة ضد المستأجر من الباطن، بحيث يمارس المؤجر حقاً خاصاً به وليس حقاً للمستأجر الأصلي كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة[3].

٢٤ - رأينا في تفسير المادة ١٧٥٣ مدني فرنسي:

مما لا شك فيه أن التفسير الذي ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من عدم منح المؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن، هو التفسير الذي يتفق مع الظروف

---

(١) Delvincourt. cours de droit civil. T. 3. P. 509.

(٢) A. Esmein. Note. D. P. 1883. 11. 121.

(٣) ويعتبر الفقيه ديرانتون هو الرائد في هذا التفسير وتبعه بعد ذلك الفقه والقضاء. انظر:

Duranton. traité des contrats et des obligations. T. 2. p.34; Troplong De L'echange et du louage. T. 2. p. 537; Aubry et Rau. T. V. 368.
Mazeaud. contrats. N° 1082; Couzian. N° 130; encycl. D. N° 44.
Civ 24 janv 1853. D. 1853. 1. 124; Req 8 Nov. 1882. D. 83. 1. 305.
Req 13 janv 1892. D. 92. 1. 509; Civ 6 Mai 1935. S. 1935. 1. 244.

التاريخية التي وضع فيها النص، حيث كان المقصود تقييد الضمان العيني للمؤجر على منقولات المستأجر من الباطن، وهذا ما كانت تتجه إليه إرادة المشرع آنذاك. ولكن لا ينبغي عند التفسير الوقوف عند الظروف التاريخية للنص، دون النظر إلى ظروف تطبيق النص. لأن النصوص شأنها شأن كل كائن حي بعد أن تنفصل عن مصدرها تتطور لتتلاءم مع الظروف. وبالإضافة إلى ذلك فإن منطق التفسير يقضي بوجود دعوى مباشرة للمؤجر بناءً على هذا النص، إذ كيف يلتزم المستأجر من الباطن لمصلحته دون أن يكون ذلك على أساس ما للمؤجر من رجوع مباشر عليه. وأخيراً فإنه إذا كانت النصوص القانونية يكمل بعضها بعضاً وأنها تشكل وحدة متكاملة ومنسجمة، وأن المشرع قد أبان عن موقفه صراحةً بمنح الموكل دعوى مباشرة ضد وكيل الوكيل، فإن قواعد التفسير تقضي بالضرورة بمنح هذه الدعوى للمؤجر.

وبناءً على ذلك فإننا نرجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني القائلين بمنح المؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن على أساس المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي، حيث أصبح من المستحيل اليوم العدول عن شبه الإجماع الفقهي والقضائي، حتى أننا لم نجد من الفقهاء المحدثين اليوم من يعارض في منح المؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن. لدرجة يمكن معها القول أن الرأي القائل بعدم منح المؤجر دعوى مباشرة قد صار في ذمة التاريخ.

٢٥- حدود ممارسة المؤجر لدعواه المباشرة:

إذا كان قد أصبح من المستقر عليه أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن. فما هي حدود هذه الدعوى المباشرة؟ وبمعنى أكثر توضيحاً هل تنحصر الدعوى المباشرة في المطالبة بالأجرة فقط أو أنها تتعدى إلى المطالبة بكل الالتزامات الأخرى؟

اختلفت الإجابة على هذا التساؤل بين محكمة النقض المصرية ومحكمة النقض الفرنسية. وقد عكس هذا أيضاً اختلاف الفقهاء. وذلك على النحو الآتي:

٢٦- موقف محكمة النقض المصرية وأغلبية الفقهاء:

ذهبت محكمة النقض المصرية في أحكامها العديدة وبشكل بلغ حد التواتر إلى أن الإيجار من الباطن لا ينشئ علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن إلا بالنسبة للأجرة فقط. أما سائر الالتزامات والحقوق الأخرى الناشئة عن عقد الإيجار، فتبقى العلاقة بالنسبة لها غير مباشرة يتوسط بينهما فيها المستأجر الأصلي. لأن هذا هو مقتضى المادتين ٥٩٦، ٥٩٧ من القانون المدني المصري[١].

---

(١) نقض مدني ٣٠/ ٤/ ١٩٧٥ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤١ ق. معوض عبد التواب ص٥٠٩.
نقض مدني ٢٥/ ٥/ ١٩٧٧ الطعن رقم ٦٨٢ لسنة ٤٣ ق. معوض عبد التواب ص٥١٠.
نقض مدني ٢٢/ ١١/ ١٩٨٧ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٥١ ق. معوض عبد التواب ص٥١٢.
نقض مدني ١٨/ ٤/ ١٩٩٠ الطعن رقم ٢٨١٨ لسنة ٥٩ ق. معوض عبد التواب ص٥١٣.
نقض مدني ٢٢/ ٢/ ١٩٩٠ الطعن رقم ٢٢١٢ لسنة ٥٩ ق. معوض عبد التواب ص٥١٩.

وهذا القضاء قد لاقى تأييداً كبيراً من الفقه المصري[1]. وهو ما يذهب إليه غالبية الفقه الفرنسي[2]. ومع ذلك فإنه يلاحظ أنه قد تنشأ علاقة مباشرة كاملة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، إذا قبل المؤجر الأصلي الإيجار من الباطن بعد تمامه دون تحفظ أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن دون تحفظ أيضاً[3].

ولقد أجملت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذه الأحكام في قولها: "وتوجد علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن في شيء واحد هو الأجرة. أما سائر التزامات المستأجر غير دفع الأجرة فتبقى العلاقة غير مباشرة ما بين المؤجر والمستأجر من الباطن، يتوسط بينهما المستأجر الأصلي، إلا إذا قبل المؤجر الإيجار من الباطن بعد صدوره دون تحفظ، أو استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن دون تحفظ. فعندئذ يختفي المستأجر الأصلي، وتصبح علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن علاقة مؤجر بمستأجر"[4].

---

(١) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦ - أنور سلطان، رقم ١١٠ - عبد الناصر العطار، رقم ١٧٣ - كمال قاسم ثروت، ص٤١٥ - سليمان مرقس، الإيجار رقم ٢٤٠ - لبيب شنب، رقم ٢٦٠.

(٢) Starck et Boyer. N° 551; Planiol et Ripert. contrats. N° 561; Mazeaud contrats. N° 1082; et les obligations. N° 804; encycl. D. N° 49; Couzian. N° 133; Marty et Raynaud. N° 165.

(٣) وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية تطبيقاً للمادة ٥٩٧ مدني.
انظر: نقض مدني ١/ ١١/ ١٩٨٤ الطعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٤٩ ق. معوض عبد التواب ص٥١٢، نقض مدني ٢٢/ ١١/ ١٩٨٧ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٥١ ق. معوض عبد التواب ص٣١٤.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المصري في تعليقها على المادة ٥٩٦ مدني.

٢٧- موقف محكمة النقض الفرنسية وبعض الفقهاء:

تذهب محكمة النقض الفرنسية مؤيدة ببعض الفقهاء إلى بسط نطاق الدعوى المباشرة للمؤجر إلى كافة الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار من الباطن(١).

فلقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بجواز مطالبة المؤجر للمستأجر من الباطن مباشرةً بالتعويض الواجب على المستأجر الأصلي بسبب حريق العين المؤجرة، كما سمحت للمؤجر برفع دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن بالنسبة لالتزامه بالصيانة التأجيرية locative.(٢)

وحكم القضاء الفرنسي بمد نطاق تطبيق الدعوى المباشرة إلى إيجار المزارع من الباطن(٣)، وكذلك إلى إيجار السفن من الباطن(٤).

٢٨- رأينا في هذا الموضوع:

مما لا شك فيه أن موقف محكمة النقض المصرية يفضل كثيراً موقف نظيرتها الفرنسية. إذ أنه كما لاحظ أحد الفقهاء أن محكمة النقض الفرنسية قد أظهرت

---

(١) Le Gall. l'obligations de garantie dans le louage. 1962. p. 414; Aubry et Rau. T. 6. p. 259 السنهوري، أحكام الالتزام رقم ٥٥٦ -الياس نصيف، ص٦٦ -رمضان أبو السعود، ص١٥٩.

(٢) Soc 12 Nov 1954. D. 1955. 22.
Civ 7 janv 1947. J. C. P. 1947. 11. 3510. Note Becque.
Civ 25 janv 1927. D. H. 1927. 169.
Limoge 11 Mars 1924. D. H. 1924. 469.

(٣) Req. 8 Nov. 1882. D. P. 83. 1. 305.

(٤) Paris 14 déc 1959. dr. Marit. fran. 1961. 215. Note Rodiere Trib. com. Seine. 8 janv 1959. dr. Marit. fran. 1959. p.600.
وقد تبنى المشرع الفرنسي هذا الحل بمقتضى قانون ١٨ يونيو ١٩٦٦ في المادة ١٤ منه، وحصر الدعوى المباشرة للمؤجر في المطالبة بالأجرة فقط. انظر في ذلك: D. 1966. P. 295.

تعاطفاً يزيد عن الحد extrême لمصلحة المؤجر، لدرجة أنها أذابت كل تفرقة بين الإيجار من الباطن والنزول عن الإيجار الذي يترتب عليه قيام علاقة مباشرة كاملة بين المؤجر والمتنازل له[(١)].

وفضلاً عن ذلك فإن هذا التوسع من جانب محكمة النقض الفرنسية في نطاق الدعوى المباشرة للمؤجر يخالف صراحةً نص المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي، حيث ينص هذا النص في عجزه عن حكم التعجيل بالأجرة، مما يعني أن الدعوى المباشرة إنما تقتصر على الأجرة فقط. أما الالتزامات الأخرى فتظل العلاقة بينهما غير مباشرة.

وأخيراً فإن هذا التوسع يتعارض مع مبدأ التفسير الضيق للنصوص المنظمة للدعوى المباشرة، باعتبار أن هذه النصوص قد جاءت بصفة استثنائية من القواعد العامة، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه.

ولعل نص المادة ١٤ من قانون ١٨ يونيو ١٩٦٦ الخاص بإيجار السفن من الباطن والتي تنص على أنه "يستطيع المؤجر لسفينة أن يطالب المستأجر من الباطن بالوفاء بالأجرة التي ما زالت مستحقة عليه" يرجح ما ذهبنا إليه من قصر الدعوى المباشرة للمؤجر في فرنسا على الأجرة فقط حيث أبان المشرع عن رأيه صراحةً بصدد إيجار السفن من الباطن، الأمر الذي يقضي بسريان نفس الحل على المادة ١٧٥٣ مدني

---

(١) Couzian. N° 133.

فرنسي حتى يحدث تناغم وانسجام بين النصوص .

٢٩ - عدم إقرار الدعوى المباشرة للمستأجر من الباطن ضد المؤجر:

مما لا شك فيه أن النصوص قد قررت الدعوى المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن على خلاف الأصل . وبالتالي فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها، والقول بمنحها للمستأجر من الباطن في مواجهة المؤجر الأصلي «المالك»، حيث إنه لا استثناء بدون نص ولا نص في هذا الشأن .

ولما كان المستأجر من الباطن مستأجراً من المستأجر الأصلي فإن كل مطالبته توجه إلى هذا المستأجر، ولا يكون له رجوع مباشر على المؤجر لا بالتسليم ولا بالصيانة ولا بالضمان . . الخ . غير أنه لما كان المستأجر من الباطن يعد دائناً للمستأجر الأصلي بهذه الالتزامات، والمؤجر مدين للمستأجر الأصلي بها، جاز للمستأجر من الباطن الرجوع على المؤجر بالدعوى غير المباشرة طبقاً للقواعد العامة إذا توافرت شروطها[١] . وهذا الأمر يكاد أن يكون محل إجماع في الفقه والقضاء[٢] .

---

(١) تنص المادة ١/٢٣٥ على أنه "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز" . ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسي نص المادة ١١٦٦ مدني .

(٢) السنهوري، عقد الإيجار، رقم ٤٢٠ - كمال قاسم ثروت، ص٤١٧ . وكذلك :
encycl. D. N° 49; Couzian N° 139.
Trib. civ. Seine 23 juin 1936. D. H. 1936. 469.
Req. 8 Nov 1882. D. P. 83. 1. 305.
Nancy 26 juin 1895. D. P. 96. 2. 367.

ومع ذلك فإن البعض[1] قد ذهب إلى إعطاء المستأجر من الباطن دعوى مباشرة ضد المؤجر (المالك) بحيث يطالبه بتنفيذ كل التزاماته الناشئة من العقد.

ولا شك -في رأينا- في عدم صواب هذا الرأي لافتقاره إلى الأساس القانوني الذي يستند عليه. وقد سبق أن ذكرنا آنفاً أنه لا يجوز القول بالقياس على الدعوى المباشرة للمؤجر لأنها مقررة بنص استثنائي لا يجوز القياس عليه. ولعل هذا هو السِّر في أنه لم يكتب لهذا الرأي الانتشار بل ظل حبيس أصحابه.

ومع ذلك فإننا نشير إلى جواز رجوع المستأجر من الباطن على المؤجر مباشرةً إذا توافر سبب قانوني لهذا الرجوع غير الإيجار من الباطن. وذلك كأن يرجع عليه على أساس المسئولية التقصيرية بناءً على خطئه أو خطأ أحد تابعيه مما ألحق ضرراً بالمستأجر من الباطن. وهذا ما حكمت به محكمة النقض المصرية[2].

ونشير أخيراً إلى أنه قد تنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن في حالتين: إذا قبل المؤجر الإيجار من الباطن بعد صدوره بدون تحفظ. أو إذا استوفى الأجرة من المستأجر من الباطن دون تحفظ. وذلك كله طبقاً لصريح نص المادة ٥٩٧ من القانون المدني المصري التي تنص على "تبرأ ذمة المستأجر الأصلي قبل المؤجر سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له في حالة التنازل عن الإيجار أم فيما يتعلق بما

(١) Le Gall. p. 414; Aubry et Rau. p.259.
Req 31 juill 1878. S. 1881. 1. 77.

(٢) نقض مدني ٣٠/ ٤/ ١٩٧٥ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤١ ق. معوض عبد التواب ص٥١٦.

يفرضه عقد الإيجار الأصلي من التزامات في حالة الإيجار من الباطن: أولاً: إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن. ثانياً: إذا استوفى المؤجر مباشرةً من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدي أي تحفظ في شأن حقوقه قبل المستأجر الأصلي".

ولا شك أن هذه المطالبة بينهما أساسها القانوني هو قواعد الحوالة ولا شأن لها بالدعوى المباشرة بالمعنى القانوني[1].

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة للمؤجر

٣٠- تمهيد :

اختلفت آراء الفقه والقضاء اختلافاً كبيراً حول طبيعة الدعوى المباشرة للمؤجر. ولعل مرجع هذا الاختلاف أن الدعوى المباشرة تعتبر من النظم القانونية الحديثة -نسبياً- حيث لا ترجع بجذورها إلى القانون الروماني الذي استُمِد منه القانون الفرنسي وسائر القوانين اللاتينية. ولذلك حاول الفقه والقضاء جاهدين -ولكن سدىً- ردها إلى أحد النظم القانونية المعروفة كالامتياز أو الحوالة أو الإنابة في الوفاء أو الوكالة أو غيرها.

(١) كمال قاسم ثروت، ص٤١٨ هامش رقم ٢٤.

وسوف نلقي الضوء على كل من هذه الآراء على حدة :

٣١- رد الدعوى المباشرة للمؤجر إلى فكرة الامتياز:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الدعوى المباشرة تعتبر بمثابة امتياز للمؤجر privilège وذلك لأنه في كل مرة يتقرر فيها امتياز للدائن على دين للمدين في ذمة الغير، يتقرر له في نفس الوقت دعوى مباشرة قبل هذا الغير. وبالعكس فإن الدعوى المباشرة تخول دائماً امتيازاً للدائن بالنسبة لباقي الدائنين[1].

ويبرر الفقيه لابيه حق الامتياز للمؤجر على أساس المنفعة التي أوجدها للمستأجر وحصل عليها المستأجر من الباطن فكانت سبباً لدينه. ومن ثم يكون للمؤجر حق امتياز على هذه الأجرة بناءً على المنفعة التي قدمها وكانت سبباً لدين الأجرة[2].

ومع ذلك فإننا نرى أن الدعوى المباشرة وإن كانت تقترب من حق الامتياز من ناحية أنها لا تتقرر إلا بنص وأنها تعطي أفضلية للمستفيد منها بالنسبة لباقي الدائنين، إلا أنه يلاحظ مع ذلك أن الاختلافات الفنية بينهما عميقة لأن الامتياز يوجب على

---

(١) Labbé. Des prinviléges speciaux sur créances. Rev. Crit. de. legisl. et de juis 1876. p. 571; Robino. les privilèges et autres couses de préférence sur les créances. p. 162; Demogue. T. 7. N° 989. Mazeaud. N° 803.
سليمان مرقس، رقم ٥٦ - عبد الفتاح عبد الباقي، رقم ٧٦ - أحمد سعد، ص٦٢٥ - اسماعيل غانم، رقم ١٠٦ - إلياس نصيف، ص٧٤ - السنهوري حيث أسس رأيه على نظرية الأستاذ لابيه. الأحكام ٥٦٣.

(٢) Labbé. p. 571.

الدائن أن يتبع إجراءات حجز ما للمدين لدى الغير كباقي الدائنين ولا يظهر حق امتيازه إلا عند إجراء التقسيم وحصول تزاحم بينه وبين سائر الدائنين[1].

وعلى العكس فإن المؤجر في الدعوى المباشرة لا يزاحمه باقي الدائنين، حيث يستأثر وحده بحصيلة دعواه بدون أن تمر هذه الحصيلة في الذمة المالية للمستأجر الأصلي. لأن الأمر لا يقتصر على منح المؤجر سبباً للتقدم بل هي تجعله دائناً مباشراً للمستأجر من الباطن[2].

٣٢- رد الدعوى المباشرة إلى فكرة النيابة:

ويذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسي إلى رد الدعوى المباشرة للمؤجر إلى فكرة الوكالة الضمنية mandat tacite. فالعلاقة المباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن قد نشأت بناءً على أن المستأجر الأصلي كان يتعاقد باعتباره وكيلاً عن المؤجر. وهذه الوكالة مستمدة من ترك المؤجر للمستأجر يؤجر من الباطن، مما يستفاد منه وجود وكالة ضمنية مخولة للمستأجر الأصلي[3].

ولكن يؤخذ على هذا الرأي أننا لو سلمنا جدلاً بوجود هذه الوكالة الضمنية، لما كان المستأجر الأصلي مسئولاً في مواجهة المؤجر إلى جانب المستأجر من الباطن، في حين أنه في الدعوى المباشرة يكون كلاً من المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن

(١) Beudant et Voirin. T. 13. N° 252. Couzian. N° 49; encycl D. N° 14.

(٢) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦. إذ يفرق بين النظامين مع تسليمه بأن الدعوى المباشرة بمثابة امتياز.

(٣) G uillollard. traité du louge. T. 1. p. 369; Aubry et R au. T. V. N° 368-4; Req 31 juill 1878. S. 81. 1. 77.

مسئولين أمام المؤجر[١]. وبذلك يتضح وجود فارق كبير بين النيابة والدعوى المباشرة.

٣٣- رد الدعوى المباشرة إلى فكرة الإثراء بلا سبب:

وهناك من الفقهاء من رد الدعوى المباشرة للمؤجر إلى فكرة الإثراء بلا سبب enrichissement sans cause. وذلك على أساس أن المؤجر قد افتقر بمقدار المنفعة التي حصل عليها المستأجر من الباطن. فيكون له أن يرجع عليه بأقل القيمتين: قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء كما هو مقرر في القواعد العامة[٢].

ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن المستأجر من الباطن لم يثر بدون سبب بل إن هناك سبباً قانونياً لإثرائه. فإثراء المستأجر من الباطن سببه الدين الذي عليه للمستأجر الأصلي «الأجرة». كما أن افتقار المؤجر يرجع سببه إلى ما له من حق في ذمة المستأجر الأصلي. فهناك سبب قانوني للإثراء والافتقار وبالتالي فلا تطبق قواعد الإثراء بلا سبب[٣].

---

(١) Baudry et Wahl. N° 1143.
Req. 8 Nov 1882. D. 83. 1. 305.

(٢) Solus. L'action directe et L'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du code civil. th. Paris 1914. p. 274.
وقريب من ذلك ما ذهب إليه د. جميل الشرقاوي حيث يرى فيها نظاماً قريباً من الامتياز والإثراء بلا سبب. أنظر مؤلفه في أحكام الالتزام، ص٨٩ هامش رقم ١.

(٣) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦.

٣٤- الدعوى المباشرة للمؤجر من قبيل حجز ما للمدين لدى الغير:

ذهب البعض إلى أن الدعوى المباشرة للمؤجر ليست إلا شكلاً من أشكال حجز ما للمدين لدى الغير la saisie-arrêt . إذ أن كليهما طريق للتنفيذ يمارسه الدائن باسمه الشخصي لا باسم المدين. وبالإضافة إلى ذلك فإن الإجراءين يترتب عليهما عدم قابلية الدين للتصرف فيه بين يدي الغير indisponible .[١]

ونحن نرى أنه مع تسليمنا بوجود تشابه بين النظامين، إلا أن ذلك لا ينفي وجود اختلافات عميقة بينهما، تجعل لكل منهما ذاتيته المستقلة.

فحجز ما للمدين لدى الغير يعتبر نظاماً معقداً يتضمن عدة مراحل إجرائية تتسم بالصفة القضائية، حيث يجب دائماً اللجوء إلى القضاء. في حين أن الدعوى المباشرة يمكن ممارستها بدون اللجوء إلى القضاء -غالباً- حيث لا يضطر المؤجر إلى ذلك إلا في حالة إمتناع المستأجر من الباطن[٢].

ويضاف إلى ذلك أنه في الدعوى المباشرة يستأثر الدائن وحده بحصيلة الدعوى لا يشاركه فيها غيره من الدائنين. أما في حجز ما للمدين لدى الغير يجوز لجميع الدائنين إيقاع الحجز والاشتراك في حصيلته وبالتالي يخضع الجميع لقسمة الغرماء[٣].

---

(١) Rouast. Note sous. civ. 29 oct 1929. D. 1930. 1. 33.

(٢) encycl. D. N° 16.

(٣) أنور سلطان، رقم ١١٧ - مارتي ورينو، رقم ١٥٧ .

بل ويجوز للمحال له الاشتراك مع الحاجزين في حصيلة الحجز بشروط معينة[(١)].

وأخيراً فإن الدعوى المباشرة للمؤجر يكون محلها مبلغًا نقديًا، في حين أن حجز ما للمدين لدى الغير يمكن أن يصل إلى المنقولات التي في ذمة الغير للمدين[(٢)].

٣٥- الدعوى المباشرة للمؤجر من قبيل الإنابة في الوفاء:

ذهب كثير من الأحكام القضائية في فرنسا إلى رد الدعوى المباشرة إلى نظام الإنابة في الوفاء délégation حيث إنه في الإنابة -كما هو الحال في الدعوى المباشرة- يوجد دائن «المناب لديه» يملك حقاً مباشراً ضد الغير، والمناب يكون بصفة عامة مديناً للمدين[(٣)].

ومع ذلك فإنه يؤخذ على هذا القضاء أن هناك فروقاً دقيقة بين الإنابة والدعوى المباشرة، ففي الإنابة لا يستطيع المناب أن يدفع في مواجهة المناب لديه بأي دفع مهما

---

(١) تنص المادة ٣١٤ مدني مصري على "١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر. ٢- وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء. على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة".

(٢) encycl. D. N° 17.

(٣) Colmart 14 déc 1937. R. G. A. T. 1938. 265.
Dijon 15 janv 1931. R. G. A. T. 1931. 557.
Paris 5 juin 1930. R. G. A. T. 1930. 1094.

كان . ولذلك يقال عادةً أن الإنابة تتضمن التزاماً مجرداً عن سببه[1] . وذلك على خلاف الحال في الدعوى المباشرة حيث يستطيع المستأجر من الباطن أن يدفع في مواجهة المؤجر ببعض الدفوع التي كانت له في مواجهة المستأجر الأصلي[2] .

ويضاف إلى ذلك أن الإنابة مصدرها الاتفاق[3] . على خلاف الدعوى المباشرة التي يوجد مصدرها الوحيد في القانون، ولا يمكن للاتفاق أن ينشئ دعوى مباشرة لدائن معين على غرار الدعوى المباشرة المنصوص عليها في القانون .

٣٦- الدعوى المباشرة بمثابة حوالة قانونية للحق:

ذهبت محكمة النقض الفرنسية -في بعض أحكامها- إلى أن الدعوى المباشرة للمؤجر تعتبر بمثابة حوالة حق قانونية cession légale de créance لحق المؤجر . فدين الأجرة قد تمت حوالته من ذمة المستأجر الأصلي إلى ذمة المستأجر من الباطن[4] .

---

(١) أستاذنا الدكتور البدراوي، رقم ٣٧٢ . وتنص المادة ٣٦١ مدني مصري على أنه "يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره" .

(٢) Marty et Raynaud. N° 157; encycl. D. N° 19.

(٣) تنص المادة ٣٥٩/ ١ من القانون المدني المصري على أنه "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين" .

(٤) civ 29 oct 1929. D. P. 1930. 1. 33.

ويؤخذ على هذا الرأي أن القانون لا يعرف ما يسمى بالحوالة القانونية. فالحوالة لا تكون إلا اتفاقية حيث يكون مصدرها العقد. فهي عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه إلى شخص آخر يحل محله في اقتضاء الحق من المدين[1].

وحتى لو سلمنا جدلاً بوجود هذه الحوالة المزعومة فإن ذلك لا يتناسب مع نظام الدعوى المباشرة للمؤجر. لأن الدائن في الحوالة لا يستطيع مطالبة مدينه الأصلي (المحيل) بل فقط المحال عليه. أما في الدعوى المباشرة فإن المؤجر يستطيع دائماً أن يطالب المستأجر من الباطن عن طريق الدعوى المباشرة، كما يمكن أن يطالب المستأجر الأصلي إذا فضل ذلك. فالدعوى المباشرة مجرد رخصة له يستطيع أن يمارسها أو لا يمارسها[2].

ولذلك سبق أن ذكرنا[3] أن الدعوى المباشرة تنشئ لصالح المؤجر مسئولية مجتمعة، حيث يكون له مدينان يلتزمان على سبيل التضامن.

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، رقم ١٧٣ - أستاذنا الدكتور البدراوي، رقم ٢٧٧.

(٢) أنور سلطان، رقم ١١٩.
وفي الفقه الفرنسي أنظر:

encycl. D. N° 20; Marty et Raynaud. N° 157.

(٣) يراجع رقم ١٧ من هذا البحث.

٣٧- رد الدعوى المباشرة إلى فكرة المراكز القانونية الممتازة:

حاول بعض الشراح المحدثين رد الدعوى المباشرة إلى فكرة المراكز القانونية الممتازة situation privilegiée . وذلك لأن الدعوى المباشرة لا تخول للدائن حق امتياز، حيث إنها لا تعتبر من قبيل الضمانات العينية أو الشخصية. ومع ذلك فهي لا تتصل بالضمان العام لأنها لا تهدف إلى المحافظة عليه، وإنما هي تحقق للدائن التخلص من قاعدة المساواة بين الدائنين عن طريق استئثاره وحده بحصيلة الدعوى بدون أن يشاركه باقي الدائنين، ليس باعتباره دائناً ممتازاً ومع ذلك فإن معنى الامتياز متحقق في جانبه، حيث يفلت من مزاحمة باقي الدائنين، وذلك عن طريق المركز القانوني الممتاز الذي أعطته له الدعوى المباشرة. وهذا المركز الممتاز لم يسع الدائن إلى إيجاده وإنما تواجد فيه مصادفة عن طريق الإيجار من الباطن وما ترتب عليه من نص المشرع على جواز الرجوع المباشر على المستأجر من الباطن[١].

ويفرق أنصار هذا الرأي بين حق الامتياز وبين المراكز القانونية الممتازة بالمثال الآتي: أنه في عقد الإيجار يكون للمؤجر حق امتياز على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وذلك لضمان الوفاء بالأجرة[٢] ولكن إذا قام المستأجر بتأجير العين

(١) رمضان أبو السعود، ص١٦٦ - نبيل سعد، ص١٦.

(٢) تنص المادة ٥٨٩/ ١ من القانون المدني المصري على أنه "يكون للمؤجر ضماناً لكل حق يثبت له بمقتضى عقد الإيجار أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ولو لم تكن مملوكة للمستأجر. وللمؤجر الحق في أن يمانع في نقلها، فإذا نقلت رغم معارضته أو دون علمه كان له الحق في استردادها من الحائز=

المؤجرة من الباطن، ففي هذه الحالة تنشأ للمؤجر الدعوى المباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن وما يترتب عليها من منحه مركزاً متميزاً[1].

ومع ذلك فإننا نرى أن هذا المركز الممتاز أو المتميز الذي يوجد فيه المؤجر بالنسبة لباقي دائني المستأجر الأصلي ليس تكييفاً قانونياً للدعوى المباشرة، بقدر ما هو تحديد للأثر القانوني لها. فهذا الرأي -إن جاز التعبير- لم يحدد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة بقدر ما بين الآثار القانونية لهذه الدعوى.

٣٨- رأينا في الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة للمؤجر:

اتضح لنا من العرض السابق أن جميع الآراء التي قيلت لتحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة هي محاولات لم يكتب لها التوفيق، حيث قد وجهت إليها سهام النقد. وذلك لأن الدعوى المباشرة تعتبر من النظم القانونية الحديثة التي لا ترجع في جذورها إلى الماضي البعيد، وإنما قررت لأول مرة في القانون المدني الجديد سواء في مصر أو في فرنسا. ولذلك فإن الفقه والقضاء لم يتقبلها بسهولة، بل قد تجرعها على مضض، بدليل أنه بالرغم من صدور القانون الفرنسي سنة ١٨٠٤م فإن القضاء لم يقبلها ويطبقها في أحكامه إلا سنة ١٨٥٣م[2] - أي بعد حوالي نصف قرن من

= لها ولو كان حسن النية. مع عدم الإخلال بما يكون لهذا الحائز من حقوق".
ونفس الحل منصوص عليه في القانون الفرنسي بمقتضى قانون ٢٥ أغسطس ١٩٤٨ الخاص بامتياز المؤجر على المنقولات في العين المؤجرة.

(١) نبيل سعد، ص١٨.

(٢) civ 24 janv 1853. D. P. 53. 1. 124.

الزمان على تقريرها في القانون. بل إن القضاء لم يكن ليطبقها في أحكامه لولا أن رأس محكمة النقض الفرنسية بعض الفقهاء الذين نادوا بها في مؤلفاتهم بناءً على نص المادة ١٧٥٣ مدني أمثال الفقيه تروبلون Troplong.

ولذلك لم يكن من السهل على الفقه والقضاء قبول الدعوى المباشرة دون ردها إلى إحدى النظم القانونية المألوفة لديهم[1].

ولذلك فإننا نرى أن الدعوى المباشرة تقدم نظاماً أصيلاً له ذاتيته واستقلاله مما يتعذر معه رد هذه الدعوى كليةً إلى إحدى النظم السائدة. فالدعوى المباشرة إذا كانت تتماثل من وجه مع بعض النظم القانونية، فإنها بدون شك تختلف من وجه آخر، مما يجعل منها نظاماً خاصاً له ذاتيته الهدف منه هو توفير الضمان الكافي -إلى جانب الضمان العام- لدائن معين رأى المشرع أنه جدير بضمان خاص لاعتبارات العدالة.

وبيان ذلك أن الدعوى المباشرة تشبه حق الامتياز في أنها لا تتقرر إلا بنص، كما تشبهه في أنها تخول صاحبها أفضلية بالنسبة لباقي الدائنين.

والدعوى المباشرة من جانب آخر تشبه حجز ما للمدين لدى الغير، إذ أن كليهما طريق للتنفيذ يمارسه الدائن باسمه الشخصي لا باسم المدين، وبالإضافة إلى ذلك

---

(١) لذلك يرى الدكتور أنور سلطان أن سبب عدم نجاح محاولات الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة هو أن هذه الدعوى تستعصي بآثارها على الإندراج تحت أي نظام من النظم القانونية المعروفة، في حين يحاول الفقه ردها إلى إحدى هذه النظم. أنظر مؤلفه: أحكام الالتزام، رقم ١١٥.

يترتب عليهما عدم قابلية الدين للتصرف فيه بين يدي الغير .

وأخيراً فإن الدعوى المباشرة تماثل الإنابة في الوفاء في أن في كليهما يوجد دائن يملك حقًا مباشرًا ضد الغير الذي يكون مديناً لمدينه .

وبناءً على ذلك فإننا نرى في الدعوى المباشرة نظاماً أصيلاً له ذاتيته واستقلاله فهذه الدعوى وإن كانت تقترب من بعض النظم القانونية في بعض النواحي، إلا أنها تختلف في نواحي أخرى. مما يجعل منها -بحق- نظاماً له ذاتيته واستقلاله أقره المشرع المصري في التقنين المدني الجديد لتوفير ميزة خاصة للمؤجر الأصلي في استيفاء حقه بالنسبة لدين الأجرة .

الفصل الثالث
أحكام الدعوى المباشرة للمؤجر

٣٩- تقسيم :

بعد أن وضحنا مضمون الدعوى المباشرة للمؤجر ضد المستأجر من الباطن، وميّزنا بينها وبين ما قد يلتبس بها من الدعاوى الأخرى، وحددنا نطاق تطبيقها وتكييفها القانوني الصحيح، فإنه لم يبق أمامنا إلا أن نوضح أحكام هذه الدعوى سواء من ناحية شروط رفعها، أو من ناحية آثارها القانونية.

وبناءً على ذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : شروط رفع الدعوى المباشرة للمؤجر.

المبحث الثاني : آثار الدعوى المباشرة للمؤجر.

المبحث الأول
شروط رفع الدعوي المباشرة للمؤجر

٤٠- تمهيد في تعداد الشروط:

لكي يستطيع المؤجر رفع الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن فإنه يجب أن تتوافر عدة شروط هي: أنه يجب أن يكون حقه مستحق الأداء، وأن يقوم بإنذار المستأجر من الباطن، وأن يكون المستأجر من الباطن ما يزال مديناً للمستأجر الأصلي. وأخيراً فإنه طبقاً للرأي الراجح لا ضرورة لاشتراط الإعسار في جانب المستأجر

الأصلي. وسنقوم بتوضيح هذه الشروط.

٤١ - أن يكون المؤجر دائناً بأجرة مستحقة الأداء:

يجب لممارسة المؤجر دعواه المباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن أن تكون له أجرة ما يزال مديناً بها للمستأجر الأصلي، وأن تكون هذه الأجرة من ناحية أخرى مستحقة الأداء exigible.

وبناءً على ذلك إذا كانت الأجرة قد انقضت بأي سبب من الأسباب، فلا رجوع للمؤجر على المستأجر من الباطن. وأياً ما كان سبب انقضاء الأجرة. أي يستوي أن تنقضي بالوفاء أو بالمقاصة أو التقادم أو اتحاد الذمة .... الخ[1].

ويرجع ذلك إلى أن الدعوى المباشرة لها الصفة التبعية حيث أنها ضمان للوفاء. وهي في هذا الصدد تشبه التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين[2]. فمتى انقضى الدين انقضى تبعاً لذلك التأمين الذي يضمنه.

كما يجمع الفقه على أن يكون دين المؤجر بالأجرة مستحق الأداء[3]. أما إذا كانت الأجرة لم تستحق بعد فلا يجوز للمؤجر رفع الدعوى المباشرة. وذلك لأن هذه

---

(١) civ 16 juill 1942. D. 1943. 1., Marty et Raynaud. N° 162.

(٢) Couzian N° 323.

ويلاحظ في هذا الصدد أننا إذا قلنا أنها تشبه التأمينات، فإنها مع ذلك لا تعتبر من التأمينات بالمعنى الدقيق وإنما هي نظام خاص له ذاتيته.

(٣) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٤ - أنور سلطان، رقم ١٠٧ - إلياس نصيف ص٧٧. وفي فرنسا: Marty et Raynaud. N° 162; Couzian N° 336; encycl. D. N° 56.

الدعوى تعتبر إجراء من إجراءات التنفيذ mesure d'exécution، إذ عن طريقها يحصل المؤجر على الوفاء. ومن البدهي أنه لا يجوز مباشرة إجراءات التنفيذ قبل حلول أجل الدين.

ومع ذلك يلاحظ أنه لا يشترط أن تكون الأجرة مشمولة في سند تنفيذي titre exécutoire[1]، إذ أن الدعوى المباشرة بطبيعتها ليست إجراءً قضائياً، حيث إنه يمكن أن يحدث أثرها بمجرد إعذار المؤجر للمستأجر من الباطن بالوفاء. بيد أنه إذا امتنع المستأجر من الباطن عن الوفاء واضطر المؤجر إلى سلوك طريق التنفيذ الجبري، فإنه لا مناص من وجوب توافر السند التنفيذي في هذه الحالة[2]. والذي يأخذ شكل الحكم القضائي الصادر لمصلحة المؤجر الأصلي.

٤٢ - وجوب إنذار المؤجر للمستأجر من الباطن:

سبق أن ذكرنا أن مصطلح الدعوى المباشرة يعتبر غير دقيق، حيث إنه قد يوحي أنها لا تمارس إلا عن طريق الدعوى، في حين أن الأصل فيها أنها مطالبة غير قضائية[3]، وأنها لا تمارس في صورة الدعوى إلا في حالة وجود منازعة مع المستأجر من الباطن لامتناعه عن الوفاء مثلاً.

---

(١) Demogue. N° 1008.

(٢) Couzian. N° 343.

(٣) راجع ما سبق رقم ٧.

ولذلك فإن القانون المدني المصري قد عالجها في المادة ٥٩٦/ ١ باعتبارها مطالبة غير قضائية، إذ أوجبت هذه المادة على المستأجر من الباطن أن يؤدي إلى المؤجر مباشرةً من وقت إنذار المؤجر له ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي[1].

وبناءً على ذلك فإنه يجب على المؤجر إنذار المستأجر من الباطن بضرورة الوفاء بالأجرة إليه هو وأن يمتنع عن الوفاء بها منذ هذا التاريخ إلى المستأجر الأصلي. حيث إنه بمقتضى القانون يجب على المستأجر من الباطن من تاريخ الإنذار أن يوفي بالأجرة الثابتة في ذمته إلى المؤجر وليس إلى المستأجر الأصلي.

وهذا يعني أنه يستوي أن تكون هذه الأجرة التي في ذمة المستأجر من الباطن مستحقة الأداء وقت الإنذاز وبالتالي يجب دفعها في الحال، أو سوف تستحق بعد ذلك ومع ذلك فإنه يجب عليه أن يدفعها عند حلول أجلها إلى المؤجر، وليس إلى المستأجر الأصلي وذلك إلى حين انتهاء عقد إيجاره. ومفاد ذلك أن الإنذار ينتج أثره ليس فقط بالنسبة للأجرة الحالة الأداء، بل أيضاً بالنسبة للأجرة التي ستستحق فيما بعد[2].

---

(١) تنص المادة ٥٩٦/ ١ من القانون المدني المصري على أنه "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرةً ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر". ويقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة ١٧٥٣.

(٢) كمال قاسم ثروت، ص٤١١ وما بعدها – أنور سلطان، رقم ١١٠.

وبناءً على ذلك إذا حول المستأجر الأصلي الأجرة التي له في ذمة المستأجر من الباطن قبل إنذار المؤجر للمستأجر من الباطن، كانت الحوالة نافذة في حق المؤجر. وكذلك الحال إذا أوقع دائن من دائني المستأجر الأصلي حجزاً على الأجرة وحكم بصحته قبل الإنذار، فإن الحجز يكون نافذاً في حق المؤجر[1].

ولكن إذا كان القانون قد أوجب على المؤجر إعذار المستأجر من الباطن. فهل يجب عليه أيضاً إعذار المستأجر الأصلي؟

والجواب أنه لا يجب على المؤجر إعذار المستأجر الأصلي قبل رفع الدعوى المباشرة. لأن هذا الإعذار غير مطلوب في الدعوى غير المباشرة، فيكون الحال من باب أولى في الدعوى المباشرة[2]. ذلك أن اعتبارات السرعة في رفع الدعوى المباشرة تقضي بإعفاء المؤجر من إعذار المستأجر الأصلي[3] حتى لا يبادر هذا الأخير بالحصول على الأجرة. بالإضافة إلى أن المستأجر الأصلي ليس طرفاً في هذه الدعوى، حيث إنها مطالبة توجه من المؤجر مباشرةً إلى المستأجر من الباطن باسم المؤجر ولحسابه.

ومع ذلك فإن الإعذار بالنسبة للمستأجر الأصلي له فوائد منها أنه قد يملك دفعاً تجاه المؤجر الأصلي يؤدي إلى انقضاء حقه في الأجرة. ولهذا إذا قام المستأجر من

---

(١) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٦.

(٢) لبيب شنب، رقم ٢٨٥. وكذلك في فرنسا: encycl. D. N° 59.

(٣) Marty et Raynaud. N° 162.

الباطن بالوفاء للمؤجر الأصلي ودون إعذار المستأجر الأصلي فإن الوفاء هنا يكون على مسئولية المستأجر من الباطن.

وبناءً على ذلك فإنه لا حاجة إلى اختصام المستأجر الأصلي mise en cause في الدعوى المباشرة لأن المؤجر يطالب باسمه ولحسابه[1]. ومع ذلك فإن قانون الموجبات والعقود اللبناني أجاز دائماً للمستأجر الأصلي أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه[2].

ونحن نرى أنه إذا كان لا يجب اختصام المستأجر الأصلي في الدعوى المباشرة، فإن من مصلحة المؤجر دائماً أن يختصمه في الدعوى، وذلك سداً لكل محاولات المستأجر من الباطن في إبداء دفوع تخص علاقته بالمستأجر الأصلي ويكون من شأنها تأخير الفصل في الدعوى.

٤٣ - أن يكون المستأجر من الباطن ما يزال مديناً بالأجرة للمستأجر الأصلي:

من البدهي أنه يشترط أن يكون المستأجر من الباطن ما يزال مديناً بالأجرة للمستأجر الأصلي، ذلك لأن المؤجر لا يطالب المستأجر من الباطن إلا بهذه الصفة، أي بصفته مديناً بالأجرة للمستأجر الأصلي.

---

(١) مصطفى الجمال، ص٤٠٢. وفي فرنسا:
Solus. P. 83.

(٢) تنص المادة ٥٨٨ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه "....... وللمؤجر أن يقيم دعوى مباشرة على المستأجر الثاني مع بقاء حقه في مقاضاة المستأجر الأصلي ويحق للمستأجر دائماً أن يتدخل في الدعوى".

وهذا الشرط يمكن استخلاصه من نصوص القانون التي أوجبت على المستأجر من الباطن أن يوفي للمؤجر وقت الإنذار ما يكون ثابتاً في ذمته[1] وهذا يعني أن يكون ما يزال دين الأجرة في ذمته.

ولكن ليس المقصود أن يكون المستأجر من الباطن مديناً بأجرة مستحقة الأداء، فالمؤجر يمكنه إقامة دعواه حتى لو كانت الأجرة في ذمة المستأجر من الباطن لم تستحق بعد، بيد أنه لا يلزم بالوفاء بها إلا عند حلول الأجل[2].

كما أنه لا يلزم بالوفاء إلا في حدود هذه الأجرة حتى لو كان المؤجر دائناً للمستأجر الأصلي بأكثر منها[3]. ويلاحظ في هذا الصدد أن فائدة الدعوى المباشرة للمؤجر لا تتحقق بصورة فعالة إلا إذا طالب المستأجر من الباطن بالوفاء قبل ميعاد استحقاق الأجرة في ذمته، إذ من هذا التاريخ فقط يجب عليه عدم الوفاء للمستأجر الأصلي، حيث يتجمد الدين لمصلحته (أي المؤجر) ويكون غير قابل للتصرف فيه[4].

ومنعاً للتحايل الذي قد يتم من جانب المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن إضراراً بالمؤجر، فإن المشرع منع المستأجر من الباطن أن يتمسك في مواجهة المؤجر بالوفاء المعجل للأجرة paiment anticipé، على اعتبار أن هذا الوفاء المعجل يحمل

(١) المادة ٥٩٦ مدني مصري. والمادة ١٧٥٣ مدني فرنسي.

(٢) Req. 8 Nov 1882. S. 1884. 1. 333.
Civ 2 juill 1873. D. P. 73. 1. 412.

(٣) Civ 6 Mai 1935. D. H. 1935. 332.

(٤) يراجع تفاصيل ذلك في المبحث القادم الخاص بآثار الدعوى.

قرينة الغش présomptiòn de fraude .

ومع ذلك فإن القانون قد قضى بصحة الوفاء المعجل في حالتين: أن يكون الوفاء المعجل قد تم تطبيقاً لعرف سائد، أو أن يكون قد تم وفقاً لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن. وفي هذا تنص المادة ٥٩٦/ ٢ من القانون المدني المصري على أنه "ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي ما لم يكن ذلك قد تم وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن"[(١)].

وبناءً على ذلك إذا عجل المستأجر من الباطن الأجرة للمستأجر الأصلي بعد الإنذار فلا يكون هذا التعجيل نافذاً في حق المؤجر، حتى لو كان متفقاً مع العرف أو مع الاتفاق[(٢)]. ويظل المستأجر من الباطن ملتزماً بالوفاء بها للمؤجر.

ولكن ما الحكم لو كان المستأجر من الباطن ما يزال مديناً بالأجرة لشخص آخر غير المستأجر الأصلي؟

والجواب أنه من المقرر أن تثبت مديونية المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي. ولذلك إذا كان المستأجر من الباطن مديناً بالأجرة لشخص آخر غير المستأجر الأصلي، فلا يكون للمؤجر رفع الدعوى المباشرة لتخلف شرط من شروطها[(٣)].

---

(١) ويقابل ذلك في القانون الفرنسي المادة ١٧٥٣ مدني.

(٢) السنهوري، الأحكام ص٩٨١ هامش ٢.

(٣) Couzian. N° 351.

وبناءً على ذلك إذا حوّلت الأجرة قبل إنذار المستأجر من الباطن فإن الدعوى المباشرة لم تعد مقبولة في هذه الحالة إذ أن المستأجر من الباطن أصبح مديناً للمحال له وانتهت مديونيته قبل المستأجر الأصلي[1].

٤٤ - مدى اشتراط إعسار المستأجر الأصلي:

ولكن هل يجب لممارسة الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن أن يثبت المؤجر إعسار المستأجر الأصلي؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل إلى رأيين:

فذهب البعض إلى أنه حتى تتحقق المصلحة في الدعوى المباشرة فإنه يجب على المؤجر إثبات إعسار insolvable المستأجر الأصلي. وحجتهم في هذا الصدد أن شرط الإعسار مطلوب في الدعوى غير المباشرة فيكون من باب أولى في الدعوى المباشرة. يضاف إلى ذلك أن السماح برفع الدعوى المباشرة بالرغم من يسار المستأجر الأصلي يعتبر أمراً لا مبرر له وغير عادل إذ أنه يعوق حق المستأجر الأصلي والطبيعي في مطالبته بحقوقه[2].

(١) Marseille 15 Mars 1907. Rec. som 1908. N° 1734.

(٢) Starck. Regime. N° 549; encycl. D. N° 64; Marty et Raynaud. N° 162.

بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه لا يشترط لرفع الدعوى المباشرة إثبات إعسار المستأجر الأصلي[١]. وتبرير ذلك أن الدعوى المباشرة تمتاز بالبساطة إذا قورنت بحجز ما للمدين لدى الغير. وشرط الإعسار غير مطلوب لممارسة هذا النوع من الحجز[٢] فيكون الحال من باب أولى بالنسبة للدعوى المباشرة[٣]، حيث إنها تمتاز بالبساطة أكثر من حجز ما للمدين لدى الغير، إذ هي مجرد طلب بالوفاء يوجه إلى المستأجر من الباطن.

وبناءً على ما سبق فلا يجوز للمستأجر من الباطن أن يدفع في مواجهة المؤجر بالرجوع أولاً على المستأجر الأصلي[٤] أو الدفع بالتجريد bénifice de discussion حيث لا يتمشى ذلك مع الصفة المباشرة للدعوى[٥].

٤٥ - رأينا الخاص:

ونحن نرى أنه يجوز رفع الدعوى المباشرة بدون حاجة إلى إثبات إعسار المستأجر الأصلي، وذلك لأن القانون لم يشترط مثل هذا الشرط[٦]. بل إن رجوع المؤجر عن

(١) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٤ - سليمان مرقس، الأحكام رقم ١٥٦ - مصطفى الجمال، ص٤٠٢.
Solus. p. 78; Couzian. N° 377; Demogue. N° 1008.

(٢) Civ 27 oct 1965. J. C. P. 1965. IV. 152.

(٣) Demogue. N° 1008; Solus. p. 78.

(٤) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٤.

(٥) encycl. D. N° 65.

(٦) المادة ٥٩٦ مدني مصري، والمادة ١٧٥٣ مدني فرنسي.

هذا الطريق مسألة جوازية تعود إليه . ويضاف إلى ذلك أن الدعوى المباشرة تنشئ لمصلحة المؤجر مسئولية مجتمعة إذ يكون له مدينان ملتزمان على سبيل التضام ، وللمؤجر الرجوع على أيهما بحسب ما يحقق مصلحته .

وإذا كان هناك تخوف من إساءة استعمال الدعوى المباشرة ، كأن يرفعها المؤجر بقصد الإضرار بالمستأجر الأصلي ، فإن ذلك يمكن أن يرتب مسئولية المؤجر طبقاً للقواعد العامة في التعسف في استعمال الحق[1] إذا توافرت شروطه وإلا فلا مسئولية على المؤجر إذا فضل الرجوع المباشر على المستأجر من الباطن لأن الأمر جوازي له . والقاعدة أن الجواز الشرعي ينافي الضمان .

المبحث الثاني

آثار الدعوى المباشرة للمؤجر

٤٦- تمهيد :

يترتب على مباشرة المؤجر الدعوى المباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن عدة نتائج أو آثار قانونية هامة : فبمجرد إعذار المؤجر للمستأجر من الباطن يتجمد الدين لصالح المؤجر بحيث لا يملك المستأجر الأصلي التصرف فيه ، ولا يملك المستأجر من

---

(١) تنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة" .

الباطن إلا الوفاء فقط للمؤجر، مما يترتب على ذلك استئثار المؤجر بحصيلة الدعوى ويكون مفضلاً على سائر دائني المستأجر الأصلي. ويعتبر المؤجر في مطالبته للمستأجر من الباطن بمثابة دائن شخصي له، حيث يطالبه بحق خاص به وباسمه ولحسابه. وسنوضح ذلك تفصيلاً:

٤٧- اعتبار المؤجر بمثابة دائن شخصي للمستأجر من الباطن:

من المقرر أن المؤجر عند ممارسته الدعوى المباشرة ضد المستأجر من الباطن، إنما يمارسها باسمه ولحسابه، بحيث تخول له الدعوى حقاً مباشراً قبل المستأجر من الباطن[١].

على أنه يلاحظ أنه إذا كان يترتب على هذه الدعوى قيام علاقة مديونية مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن، فإن هذه العلاقة تجد حدودها فيما يكون المستأجر من الباطن مديناً به لمصلحة المستأجر الأصلي من ناحية، كما لا يستطيع المؤجر مطالبة المستأجر من الباطن بأكثر مما يكون له في ذمة المستأجر الأصلي من ناحية أخرى[٢].

---

(١) سليمان مرقس، الأحكام رقم ١٥٦ - لبيب شنب، رقم ٢٦٠ - أنور سلطان، رقم ١١٠ - مصطفى الجمال، ص٤٠٢.

(٢) Starck et Boyer. N° 561; Marty et Raynaud. N° 164.
ولذلك حرصت المادة ٥٩٦ من القانون المدني المصري على أنه "يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي إلى المؤجر مباشرةً ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر". ونفس الشيء المادة ١٧٥٣ من القانون المدني الفرنسي.

وترتيباً على اعتبار المؤجر بمثابة دائن شخصي للمستأجر من الباطن فإنه يجوز له استعمال كل وسائل التنفيذ الجبري exécution forcée المنصوص عليها في القانون لحمل المستأجر من الباطن على تنفيذ التزامه(١) .

ولذلك فإنه يجوز للمؤجر الحجز على منقولات المستأجر من الباطن(٢) . كما يجوز له أن يمارس حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المستأجر من الباطن(٣) .

ولكن هل يستطيع المؤجر مباشرة الدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر من الباطن عندما يهمل أو يتكاسل في المطالبة بحقوقه لدى الغير؟

أجابت محكمة النقض الفرنسية على ذلك بالإثبات على اعتبار أن المؤجر بمثابة دائن شخصي للمستأجر من الباطن فيكون له أن يمارس الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها في حقه، لأنها مقررة لكل دائن بمقتضى نص عام بشروط معينة(٤) . ومع ذلك فإننا نرى أن إعطاء المؤجر الأصلي الدعوى المباشرة قد ثبت على خلاف الأصل، وبالتالي لايمكن التوسع فيه والبناء عليه في منح الدعوى غير المباشرة .

---

(١) encycl. D. N° 74.

(٢) Req. 8 Nov 1882. D. p. 83. 1. 305.

(٣) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٤ - أنور سلطان، رقم ١٠٨ - ديموج، رقم ٩٩٣ . وحكم فرنسي : Civ 24 janv 1853. D. p. 53. 1. 124.

(٤) civ 31 déc 1917. gaz. pal. 1918. 1. 113; encycl. D. N° 74.

ويلاحظ أخيراً أنه بناءً على صفة الدائنية المباشرة للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن، أنه لا يجوز لهذا الأخير إيداع الأجرة المستحقة عليه خزانة المحكمة عند مطالبة المؤجر، ومطالبة المستأجر الأصلي، له في نفس الوقت بالأجرة. لأن ذلك لا يعتبر من قبيل التنازع على الأجرة المبرر إيداعها خزانة المحكمة، حيث إن القانون أوجب في هذه الحالة الوفاء للمؤجر[1].

٤٨- تجميد الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن:

يترتب على ممارسة المؤجر لدعواه المباشرة ضد المستأجر من الباطن تجميد blocage الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن، بحيث لا يجوز للمستأجر الأصلي أن يتصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرفات. كما لا يجوز للمستأجر من الباطن الوفاء بها لغير المؤجر، ولا يجوز له من ناحية أخرى أن يدفع في مواجهة المؤجر بأي دفع من الدفوع التي كان يمكن أن يتمسك بها ضد المستأجر الأصلي، ويكون قد نشأ بعد لحظة تجميد الدين في ذمته[2].

---

(١) com. 24 Mai 1955. J. C. P. 1955. 2. 8800. Note. Meurisse.

(٢) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٤- اسماعيل غانم، رقم ١٠٦- جميل الشرقاوي، ص٨٨ هامش ١- أنور سلطان، رقم ١٠٨- لبيب شنب، رقم ٢٦٠- سليمان مرقس، الأحكام رقم ١٥٦- مصطفى الجمال، ص٤٠٢.

Starck et Boyer. N° 562; Marty et Raynaud. N° 165; encycl. D. N° 90; Couzian. N° 427; Mazeaud. contrats. N° 1083.

ولقد حدد القانون المدني المصري في المادة ٥٩٦ اللحظة التي يتم فيها تجميد الدين بأنها وقت وصول الإنذار إلى المستأجر من الباطن. وذلك على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي لم ينص في المادة ١٧٥٣ على وجوب إنذار المستأجر من الباطن. وبالتالي فإن لحظة تجميد الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن من الممكن أن تنتج من مطالبته بأي وجه، بشرط أن يثبت المؤجر هذه المطالبة.

وسوف نبيّن الأثرين الهامين لتجميد الدين وهما: عدم جواز التصرف في الأجرة، وعدم جواز الاحتجاج بالدفوع.

٤٩- عدم جواز التصرف في الأجرة:

يترتب على تجميد الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن أنه لا يجوز للمستأجر الأصلي التصرف فيها، وعلى وجه الخصوص فإنه لا يستطيع المطالبة باستيفائها، كما لا يجوز له أن يحولها إلى الغير، حيث لا يجوز للمستأجر من الباطن الوفاء بها لغير المؤجر، وإلا كان هذا الوفاء غير مبرئ لذمته[1].

ومع ذلك فإن الوفاء الذي يكون قد تم إلى المستأجر الأصلي قبل إنذار المستأجر من الباطن يكون وفاء صحيحاً ومبرئاً لذمته، وتكون المخالصة بالأجرة الموقعة من المستأجر الأصلي توقيعاً عرفياً محتجاً بها في هذا الشأن ضد المؤجر، حتى لو لم تكن

---

(١) اسماعيل غانم، رقم ١٠٦ - لبيب شنب، رقم ٢٦٠ - إلياس نصيف، ص٧٩.

ثابتة التاريخ[1]. وذلك بناء على الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون الإثبات المصري التي أجازت للقاضي عدم إعمال قاعدة لزوم ثبوت التاريخ في شأن المخالصات.

ويلاحظ أن القانون لم يعتد بالوفاء المعجل بالأجرة إلى المستأجر الأصلي حتى لو كان ثابت التاريخ، ما لم يكن هذا الوفاء قد تم وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن[2].

ومعنى ذلك أن الوفاء المعجل في غير هاتين الحالتين يكون غير مبرئ للذمة، ويجب على المستأجر من الباطن الوفاء مرة أخرى إلى المؤجر بالأجرة المستحقة من تاريخ الإنذار. وذلك على أساس أن الوفاء المعجل يحمل قرينة الغش وهي قرينة قانونية presomption légale لا تقبل إثبات العكس[3].

كما لا يملك المستأجر الأصلي منذ تجميد الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن أن يقوم بحوالتها إلى شخص آخر، حيث إنه قد تم غل يده تماماً عن هذه الأجرة

---

(١) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٦ - إلياس نصيف، ص٧٨ - ديموج، رقم ١٠٠٣.
Req. 16 déc 1873. S. 76. 1. 264.
Trib. Paix. Agen. 28 sept 1859. D. p. 71. 5. 250.

(٢) تنص المادة ٥٩٦/ ٢ مدني مصري على أنه "ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن". ويقابل ذلك نص المادة ١٧٥٣ مدني فرنسي.

(٣) Encycl. D. N° 91.

وأصبحت مخصصة للوفاء للمؤجر[1].

وإذا كان لا يجوز للمستأجر الأصلي استيفاء الأجرة أو حوالتها منذ إنذار المستأجر من الباطن، فإنه لا يجوز له من باب أولى إبراء المستأجر من الباطن منها remise. وإذا حدث ذلك فلا يكون محتجاً به في مواجهة المؤجر[2].

٥٠- عدم جواز الاحتجاج بالدفوع:

إن القاعدة التي تحكم مدى جواز احتجاج المستأجر من الباطن في مواجهة المؤجر بالدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المستأجر الأصلي يحكمها المبدأ الآتي: إن كل دفع يكون قد نشأ قبل إعذار المستأجر من الباطن يكون له أن يدفع به في مواجهة المؤجر. أما الدفوع التي تنشأ بعد الإعذار أي بعد تجميد الدين تحت يده فلا يكون له أن يدفع بها في مواجهة المؤجر، وإن كان يستطيع -بطبيعة الحال- أن يدفع بها ضد المستأجر الأصلي[3].

وبناءً على ذلك فلا يستطيع المستأجر من الباطن أن يدفع في مواجهة المؤجر بالمقاصة compensation بين ما عليه من أجرة وما له من حق لدى المستأجر

---

(١) السنهوري، الأحكام رقم ٥٦٥ - لبيب شنب، رقم ٢٦٠ - إلياس نصيف، ص٧٩.
Paris 2 Avril 1866. D. p. 66. 5. 291.
Paris 17 août 1863. D. p. 63. 2. 150.

(٢) مصطفى الجمال، ص٤٠٢.

(٣) سليمان مرقس، الأحكام رقم ٥٦٢ - مصطفى الجمال، ص٤٠٢.
Starck et Boyer. N° 562; Marty et Raynaud. N° 165.

الأصلي، ما دام أن شروط المقاصة لم تتحقق إلا بعد تجميد الأجرة تحت يده[1].

ولكن على العكس يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك بالمقاصة بين دين الأجرة وحق له لدى المؤجر المستفيد من الدعوى المباشرة[2].

ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك بالتقادم في مواجهة المؤجر، إذ أن رفع الدعوى المباشرة يؤدي إلى قطع التقادم وذلك وفقاً للمادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٢٤٤ من القانون المدني الفرنسي[3].

ويمكن القول بصفة عامة أن كل دفع مهما كان سببه (مقاصة - إبراء - تقادم - حوالة . . . . الخ) يكون قد نشأ بعد تجميد الدين لا يستطيع المستأجر من الباطن الاحتجاج به في مواجهة المؤجر[4].

٥١- أفضلية المؤجر على دائني المستأجر الأصلي:

قلنا آنفاً أنه يترتب على تجميد الأجرة تحت يد المستأجر من الباطن منع المستأجر الأصلي من التصرف فيها، ومنع المستأجر من الباطن من الوفاء بها لغير المؤجر،

(١) Paris 10 Nov 1938. D. H. 1939. 1. 27.
Paris 23 janv 1934. gaz. pal. 1934. 1. 588.

(٢) سليمان مرقس، الأحكام رقم ١٥٦.

(٣) تنص المادة ٣٨٣ مدني مصري على أنه "ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز . . . . . . الخ". ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة ٢٢٤٤ مدني.

(٤) Trib. civ. Marseille 15 Mars 1907. Rec. som. 1908. N° 1634.
Req. 8 Nov. 1882. D. p. 83. 1. 305.

وبالتالي لا يجوز لدائني المستأجر الأصلي مشاركة المؤجر في حصيلة دعواه، حيث لم يعد للمستأجر الأصلي سلطان على الأجرة التي في ذمة المستأجر من الباطن، وليس لدائنيه حقوق أكثر مما له هو شخصياً[1].

على أنه يلاحظ أن الدعوى المباشرة وإن كانت تجنب المؤجر مزاحمة دائني المستأجر الأصلي، فإنها لا تجنبه مزاحمة دائني المستأجر من الباطن[2]. وذلك لأن الأجرة تعتبر في ذمة هذا الأخير وهو مدينهم على خلاف دائني المستأجر الأصلي فلا يجوز لهم التزاحم مع المؤجر، لأن الأجرة لا تدخل أصلاً في الذمة المالية لمدينهم المستأجر الأصلي، بل قد خصصت بمقتضى القانون للوفاء للمؤجر دون أن تمر في ذمة المستأجر الأصلي.

ولكن هل يفضل المؤجر على دائني المستأجر الأصلي حتى لو استطاع هؤلاء الدائنون الوصول إلى الذمة المالية للمستأجر من الباطن؟ وبمعنى آخر حتى لو استطاع هؤلاء الدائنون مطالبة المستأجر من الباطن عن طريق الدعوى غير المباشرة أو حجز ما للمدين لدى الغير؟

يجب التفرقة في هذا الصدد بين الدعوى غير المباشرة وحجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المستأجر من الباطن.

(١) مصطفى الجمال، ص٤٠٢.

(٢) أنور سلطان، ص١١٤ هامش رقم ٢.

فبالنسبة للدعوى غير المباشرة التي يرفعها دائنو المستأجر الأصلي في مواجهة المستأجر من الباطن فإنها لا تكون عقبة في سبيل أفضلية المؤجر واستئثاره وحده بحصيلة الدعوى المباشرة وذلك للأسباب الآتية :

السبب الأول: أن المستأجر الأصلي قد فقد حق التصرف في الأجرة بعد أن تم تجميدها لمصلحة المؤجر. وإذا كان المستأجر الأصلي لم يعد يستطيع المطالبة بالأجرة فإن دائنيه أيضاً لا يمكنهم ممارسة الدعوى غير المباشرة. إذ أنه من البدهي أنه ليس للدائن حقوق أكثر مما لمدينه[1].

السبب الثاني: أن شروط الدعوى غير المباشرة لا يمكن أن تتوافر أصلاً، حيث لا يمكن أن ينسب إلى الدائن (المستأجر الأصلي) إهمال أو تكاسل في المطالبة بحقوقه إذ أنه لم يعد له حق حتى يطالب به. فالمؤجر هو الذي أصبح دائناً مباشراً بالأجرة التي في ذمة المستأجر من الباطن.

السبب الثالث: أنه من المقرر أن الدعوى غير المباشرة أقرب إلى الإجراءات التحفظية وأن الدعوى المباشرة أقرب إلى الإجراءات التنفيذية. وليس من المعقول أن إجراءً تحفظياً يقوم عقبة في سبيل عمل الإجراء التنفيذي. فأفضلية المؤجر المستفيد من الدعوى المباشرة على الدائن المستفيد من الدعوى غير المباشرة إنما تجيء نتيجة لتدرج وترتيب وسائل المطالبة بالوفاء. ومن المسلم به أن الدعوى المباشرة تحتل في هذا

---

(١) Couzian. p. 284. Note. 14.

الشأن مكانة متميزة على تلك التي تحتلها الدعوى غير المباشرة(١) .

أما بالنسبة لحجز ما للمدين لدى الغير الذي يمكن أن يمارسه دائنو المستأجر الأصلي تحت يد المستأجر من الباطن فإنه يمكن القول أن حجز ما للمدين لدى الغير في مرحلته الأولى أي قبل صدور حكم بصحة الحجز يكون الدين مجمداً في ذمة المستأجر من الباطن، ولكنه غير مخصص للحاجز. وفي هذه الحالة فإن المؤجر يستطيع ممارسة دعواه المباشرة ويكون مفضلاً على الدائن الحاجز(٢) .

أما بعد صدور حكم بصحة الحجز فإن المؤجر لا يكون مفضلاً على الدائن الحاجز حيث قد صار حجز ما للمدين لدى الغير بعد الحكم بصحته إجراءً تنفيذياً. وتبرير ذلك أن حجز ما للمدين لدى الغير يكون في مرحلته الأولى إجراءً تحفظياً ثم في مرحلة ثانية يتحول إلى إجراء تنفيذي وبالتالي لا تستطيع الدعوى المباشرة التغلب عليه منذ صيرورته إجراءً تنفيذياً(٣) .

والخلاصة إذن أن المؤجر المستفيد من الدعوى المباشرة يكون مفضلاً على دائني المستأجر الأصلي دون دائني المستأجر من الباطن الذي يتزاحمون معه في الذمة المالية للمستأجر من الباطن. وأن المؤجر يفضل دائماً على الدائن المستفيد من الدعوى غير المباشرة، بل وعلى الدائن الحاجز حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المستأجر من

(١) encycl. D. N° 102.

(٢) com. 24 Mai 1955. J. C. P. 1955. 11. 8800. Note Meurisse.

(٣) encycl. D. N° 104; Couzian. N° 477.

الباطن، ما دام قد مارس دعواه المباشرة في مرحلة الحجز الأولى أي قبل صدور حكم بصحة الحجز.

خاتمة

أهم نتائج البحث

- يمكن تعريف الدعوى المباشرة للمؤجر بأنها مطالبة المؤجر باسمه ولحسابه للمستأجر من الباطن بالوفاء بما يكون في ذمته من أجرة للمستأجر الأصلي. يستوي أن تتم هذه المطالبة في صورة دعوى قضائية أو في صورة مطالبة غير قضائية. ولذلك فإن مصطلح الدعوى المباشرة يبدو -لنا- غير دقيق من هذه الناحية. ومع ذلك فإنه هو المصطلح الشائع في الفقه والقضاء في مصر وفرنسا.

- يستعمل الفقه والقضاء -أحياناً- مصطلح الدعوى المباشرة في غير موضعه الدقيق. كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، أو في حالة النيابة في التعاقد أو الفضالة وغير ذلك.

- تتضمن الدعوى المباشرة للمؤجر خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني، سواء من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام، أو من حيث مبدأ نسبية آثار الاتفاقات. ولكنه -في رأينا- خروج له ما يبرره من اعتبارات العدالة. وعلى كل حال فالمشرع وحده هو الذي يقدر منح الدعوى المباشرة لدائن معين دون غيره.

- تعتبر الدعوى المباشرة للمؤجر وسيلة سهلة في الحصول على الوفاء بالأجرة إذ تجمع له إجراءات الوفاء في عملية واحدة بدلاً من عمليتين.

- تقتصر الدعوى المباشرة للمؤجر على الأجرة فقط. أما ما عدا ذلك من التزامات ناشئة عن الإيجار من الباطن فتبقى العلاقة بشأنها غير مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن. ولذلك فإننا لا نؤيد التوسع الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية. ونفضل عليه موقف محكمة النقض المصرية.

- لا يجوز منح المستأجر من الباطن دعوى مباشرة ضد المؤجر على سبيل القياس. لأن الدعوى المباشرة للمؤجر قُررَت بنص استثنائي. والاستثناء لا يجوز القياس عليه. ولذلك تظل مطالبة المستأجر من الباطن للمؤجر عن طريق الدعوى غير المباشرة.

- نرى أن الدعوى المباشرة للمؤجر تمثل نظاماً قانونياً أصيلاً له ذاتيته واستقلاله، مما يصعب معه ردها إلى إحدى النظم القانونية السائدة. فهي وإن كانت تتشابه مع بعض هذه النظم من وجه فإنها تختلف بدون شك من وجه آخر، مما يجعل منها نظاماً أصيلاً له كيانه واستقلاله يهدف إلى توفير ضمان إضافي للمؤجر بجانب الضمان العام.

- يجوز للمؤجر ممارسة الدعوى المباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن، حتى لو كان هذا الأخير غير مدين بأجرة حالة الأداء. ولكنه مع ذلك لا يجبر على

أدائها إلا عند حلول الأجل. كما لا يجب إعذار المستأجر الأصلي أو اختصامه في الدعوى، ولا يشترط إعساره. وفي هذا الصدد فإن الدعوى المباشرة تقدم ميزة على صعيد البساطة في الإجراءات بالمقارنة بغيرها من النظم كالدعوى غير المباشرة وحجز ما للمدين لدى الغير.

- يمكن أن تقوم مسئولية المؤجر إذا تعسف في استعمال الدعوى المباشرة. كما لو كان المستأجر الأصلي ظاهر اليسار ولم يمتنع أبداً عن الوفاء بالأجرة، ومع ذلك استعمل المؤجر الدعوى المباشرة بقصد الإضرار بالمستأجر الأصلي والنيل من سمعته.

- تقدم الدعوى المباشرة للمؤجر ضماناً إضافياً للحصول على الوفاء بالأجرة، إذ يكون له مدينان ملتزمان على سبيل التضامم بدلاً من مدين واحد. بالإضافة إلى أن المستأجر من الباطن لا يستطيع أن يدفع الدعوى بأي دفع يكون قد نشأ بعد الإنذار. وأخيراً فإن المؤجر يستأثر وحده بحصيلة الدعوى دون أن يشاركه أحد من دائني المستأجر الأصلي مما يجعله مفضلاً عليهم جميعاً. ومع ذلك فإنه من الممكن أن يتزاحم مع دائني المستأجر من الباطن لعدم وجود سبب لأفضليته عليهم.

مراجع البحث

أولاً : المراجع باللغة العربية :

- أحمد سلامة : مذكرات في نظرية الالتزام، الكتاب الأول - مصادر الالتزام، مكتبة عين شمس، القاهرة ١٩٨١ .
- أحمد محمود سعد : مصادر الالتزام في القانونين المدنيين المصري واليمني - دراسة مقارنة : العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٠ .
- إسماعيل غانم : محاضرات في النظرية العامة للالتزام : أحكام الالتزام ونظرية الإثبات، مطبعة نهضة مصر بالفجالة ١٩٥٥ .
- أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني - أحكام الالتزام، دار المعارف بمصر، بدون تاريخ طبعة .
- إلياس نصيف : موسوعة العقود المدنية والتجارية، جـ ٥، تنفيذ العقد، بيروت ١٩٩٠ .
- جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني أحكام الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٣ .
  عقد البيع والمقايضة، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٢ .
- حسام الدين الأهواني : مصادر الالتزام - المصادر الإرادية ١٩٩١-١٩٩٢، بدون ناشر .
- رمضان أبو السعود : أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية

. ١٩٩٨

- سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الرابع : أحكام الالتزام ١٩٩٢ .
العقود المسماة : عقد الإيجار ١٩٩٣ .
- عبد الرزاق السنهوري : شرح القانون المدني في العقود : عقد إيجار الأشياء، المجمع العلمي العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ .
الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جـ٢ ١٩٦٨ .
- عبدالفتاح عبدالباقي : دروس في أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٩ .
- عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني أحكام الالتزام ١٩٨٦ .
الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٨٥ .
- عبد الناصر العطار : شرح أحكام الإيجار، القاهرة، الطبعة الثالثة .
- كمال قاسم ثروت : شرح أحكام عقد الإيجار، الجزء الثاني، مطبعة أوفسيت الوسام، بغداد ١٩٧٦ .
- محمد لبيب شنب : دروس في نظرية الالتزام، الإثبات وأحكام الالتزام، بدون تاريخ أو ناشر .
- مصطفى الجمال : القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام،

الطبعة الأولى.

- نبيل إبراهيم سعد: الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الأموال، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩١.

ثانياً : المراجع باللغة الفرنسية :

- Aubry et R au. droit civil français. 7e édition.
- Baudry-L acantinerie et Wahl. Du contrat de louage. 2e vol.
- Becqué. Note sous. civ 7 janv 1947. J. C. P. 1947. 11. 3510.
- Boris Strack. encycl. Dalloz. V. action directe.
- Boris Strack et Boyer. les obligations. le Regime. 3e éd. Litec.
- Demogue. traité des obligations. Tome 7.
- Duranton. cours de droit civil francais suivant le code civil. T. X VII.
- G Uillouard. traité du louage. T. I.
- Jacques Flour et jean-luc Aubert. L'acte juridique. 4e éd.
- L abbé. Des privileges spéciaux sur créance. Rev. crit. de legisl et de juris. 1876. p. 571.
- Le Gall. L'obligation de garantie dans le louage. 1962.
- Marty, Raynaud et jestaz. les obligations. le regime. 2e éd.
- Maurice Couzian. L'action directe. L. G. D. j. 1969.
- Meurisse. Note. sous. com. 24 Mai 1955. J. C. P. 1955. 2. 8800.
- Mazeaud. (par Chabas). Lecons de droit civil. obligations. éd 1985. principaux contrats (par. Michel de juglart). éd 1975.
- Planiol, Ripert et Hamel. traité pratique de droit civil français L. G. D. J. 1956.

- R. Savatier. Note sous. civ 4 fév 1963. J. C. P. 1963. 11. 13159.
- R ouast. Note sous civ. 29 oct. 1929. D. 1930. 1. 33.
- Solus. L'action directe et L'interprétation des articles 1753; 1798. 1994. du code civil. th. Paris. 1914.
- Viney. La responsabilité. effets. L. G. D. J. 1988.

تم بحمد الله ، ، ،

حق الزوجين في الانجاب

إعداد

د. علي خطار شطناوي *

* أستاذ القانون العام المساعد بكلية الحقوق– الجامعة الأردنية.

ملخص البحث

يعد حق الإنجاب من الحقوق المقدسة التي كفلتها كل الشرائع السماوية والمواثيق والإعلانات الدولية، إلا أن هذا الحق يقابله حق للمجتمع يتمثل في انجاب أولاد أصحاء ولايوجد مايمنع من تنظيم النسل، حيث أقر فقهاء الشرع بتنظيم النسل قياساً على ما كان متبعاً زمن الرسول صلى الله عليه وسلم من اتباع طريقة العزل، حيث يمكن اعتبار وسائل منع الحمل الحديثة مشروعة ما دامت باتفاق الزوجين ولايترتب على ذلك ضرر بالزوجة ولايؤدي إلى قتل البويضة الملقحة، كذلك الحال والتلقيح الصناعي بشرط أن يكون مصدر كل من الحيوان المنوي والبويضة هو الزوجان.

كما حافظت الشريعة الإسلامية والقانون على حماية الجنين وهو في مراحل تكوينه داخل رحم أمه فاعتبرت الإجهاض جريمة معاقب عليها حيث أن حقه في الحياة يعلو ويسمو على أي اعتبارات أخرى. إلا أن فعل الاجهاض غير محرم في كل الحالات حيث أُجيز الإجهاض لأسباب طبية شريطة توافر مجموعة من الشروط لاعتبارات الضرورة فقط. إلا أن بعض القوانين ولاعتبارات أخلاقية أجازته واعتبرته عذراً مخففاً حفاظاً على شرف المرأة، و في جهة مقابلة أجمعت بعض التشريعات إلى تشديد العقوبة كالإجهاض المفضي إلى موت المرأة الحامل أو الذي يرتكبه غير ذي الصفة الخاصة.

تقديم:

يعد حق الإنجاب حقاً مقدساً للزوجين بغية تكوين أسرة متكاملة متماسكة، فهو امتداد طبيعي لحقي الزواج والحياة معاً. لهذا حرصت المواثيق والإعلانات العالمية والدساتير الداخلية على ضمانه وصونه. ولكن هذا الحق يثير العديد من المشاكل القانونية والدينية والأخلاقية التي يتعين تحديدها بدقة والإجابة عليها بصورة مباشرة.

فلا شك أن حق الإنجاب حق مشترك للزوجين معاً، فيجب أن يكون بمقدورهما التحكم بعملية الإنجاب والسيطرة عليها بغية الحصول على عدد الأطفال الذين يريدون ويرغبون في تربيتهم وتعليمهم في ضوء ارتفاع تكاليف المعيشة وانخفاض مستوى مداخيل الأفراد، فتلك معضلة يتعين على الأفراد التفكير فيها مقدماً والتخطيط لها مسبقاً، فلا يجوز تركها لمحض الصدفة البحتة. كما أنها مسألة تهم الدولة مباشرة وتعنيها خصوصاً بعد اختلال معادلة الموارد والسكان، فازدياد الكثافة السكانية وبقاء الموارد الطبيعية ثابتة يخلق للدولة مشاكل لا حصر لها. ومن أمثلتها مشكلة المياه والطعام وفرص العمل وغيرها. وبالإضافة إلى ما سبق يتعين على الدولة والأفراد معاً أن يطمئنوا إلى صحة أطفال الدولة. فللدولة والأفراد مصلحة حقيقية ومباشرة في أن يكون المواليد أصحاء وخالين من الأمراض الوراثية. وعليه تطرح مسألة مهمة تتمثل في حظر زواج الأقارب وفرض الفحص الطبي قبل الزواج، فتلك حلول معمول بها في العديد من الدول لتفادي تلك المشاكل على الصعيدين الأسري والعام.

كما أن حق الزوجين في الإنجاب يثير مسائل قانونية ودينية خصوصاً في دولنا العربية والإسلامية، فيتعين حسم مشكلة العقم خصوصاً بعد انتشار ظاهرة أطفال الأنابيب، فتلك مشكلة قانونية ودينية وأخلاقية يتعين على رجال القانون والفقه الإسلامي إبرازها ووضع حلول معقولة ومقبولة لها. لهذا عقدت العديد من الندوات والمؤتمرات القانونية والدينية لهذه الغاية خرجت بحلول تراعي الاعتبارات الشخصية والقانونية والدينية.

ويرتبط حق الإنجاب بحق أخر مقابل له، ألا وهو حق عدم الإنجاب فإذا كان للزوجين حق إنجاب أطفال وتكوين أسرة، فمن حقهما عدم الإنجاب. وعليه تطرح مسائل أخرى لا تقل أهمية عن المسائل التي يطرحها حق الإنجاب. وعليه يتعين تحديد موقف القانونين الوضعي والشرعي من مسألتي تنظيم النسل والإجهاض، فتلك مسائل قانونية وشرعية حاول رجال القانون والفقه الإسلامي تحديدها والإجابة عليها. ولكنها في الحقيقة مسائل متطورة ومتجددة تبعاً لتطور العلم الطبي في هذا الميدان. كما أن مواقف التشريعات القانونية تباينت بصددها، بل إن القوانين الوضعية جاءت بحلول مغايرة للحلول الشرعية. لهذا يتعين التوفيق بين الحلول الشرعية والقانونية أو التقريب بينهما على أقل تقدير.

وانطلاقاً من المعطيات السابقة ورغبة في بحث هذا الموضوع من جميع جوانبه القانونية والشرعية نقترح دراسته وفق أحكام الخطة الآتية:

المبحث الأول : حق الإنجاب

المطلب الأول : الفحص الطبي قبل الزواج

المطلب الثاني : التعقيم

المطلب الثالث : التلقيح الاصطناعي

المبحث الثاني : حق عدم الإنجاب

المطلب الأول : تنظيم النسل

المطلب الثاني : إسقاط الجنين

المبحث الثالث : حالات إباحة الإجهاض

المطلب الأول : إباحة الاجهاض لأسباب طبية

المطلب الثاني : إباحة الاجهاض لاعتبارات الضرورة

المطلب الثالث : الاجهاض لأسباب أخلاقية

المبحث الرابع : ماهية الجنين

المطلب الأول : بدء حياة الجنين

المطلب الثاني : نهاية فترة الحمل

المطلب الثالث : تحديد الرحم

المبحث الخامس : أركان جريمة الاجهاض

المطلب الأول : الركن المادي في جريمة الاجهاض

المطلب الثاني : الركن المعنوي

المبحث الأول
حق الإنجاب

يعتبر حق الإنجاب امتداداً طبيعياً لحقي الزواج والحياة معاً. لهذا حرصت الإعلانات والمواثيق الدولية على ضمان هذا الحق وصونه من أي اعتداء عليه. فتنص المادة (٣) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨ على ما يلي «لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه». كما تنص المادة (١٦) من الإعلان العالمي نفسه " للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال الزواج ولدى انحلاله..... والأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

وتنص المادة (١٠) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية «تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي: ١) وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه». كما تنص المادة (٢٣) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أيضاً على ما يلي «الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في

المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. ويكون للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة».

هكذا حرصت الإعلانات والمواثيق الدولية على ضمان حق الزواج وتأسيس أسرة باعتبارهما حقوقاً أساسية وجوهرية لا غنى عنهما للفرد الطبيعي وبصرف النظر عن العرق أو الجنسية، فتلك حقوق مقدسة لا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليها أو التهاون فيها.

وإذا خلا الدستور الأردني من ذكر حق الزوجين في الإنجاب، فإن الميثاق الوطني الصادر عام ١٩٩٠ قد نص صراحة على أن الأسرة هي اللبنة الأساسية في بنية المجتمع الأردني، وهي البيئة الطبيعية لتنشئة الفرد وتربيته وتثقيفه وبناء شخصيته، وعلى الدولة بمؤسساتها الرسمية والشعبية أن توفر للأسرة أسباب تكوينها وتماسكها وعيشها الكريم وأن تساعدها على القيام بمسؤولياتها في تربية الأجيال وتنشئتهم تنشئة صالحة.

ويعد حق الإنجاب حقاً مشتركاً للزوجين معاً، فيجب أن يكون بمقدورهما التحكم بعملية الإنجاب والسيطرة عليها بغية الحصول على عدد الأطفال الذين يريدون ويرغبون في تربيتهم وتعليمهم. وذلك لأنه لا يمكن تربية الأطفال وتعليمهم بصورة صحيحة وسليمة إلا في إطار أسر سليمة ومتماسكة وقادرة على الإنفاق عليهم وفق مقتضيات ومتطلبات العصر المتزايدة. كما أن ممارسة الأزواج لحقهم في

الإنجاب يهم الدولة ويعنيها بصورة مباشرة، فللدولة مصلحة مباشرة في رقابة ممارسة الأفراد لحق الإنجاب وتنظيمه، فيجب أن تطمئن لصحة رعاياها ونوعيتهم. وعليه يثير حق الإنجاب العديد من المسائل الأساسية والمرتبطة بحق الإنجاب، وهي المسائل الآتية:

المطلب الأول
الفحص الطبي قبل الزواج

يقتضي التخطيط السكاني السليم أن تطمئن الدولة لصحة أطفالها ورعاياها المستقبلين، فلا يجوز ترك أمر الإنجاب لمطلق تقدير الزوجين فقط، بل يجب أن يكون للدولة دور مهم في هذا الشأن. لهذا بدأت العديد من الدول الأوروبية في فرض الفحص الطبي قبل الزواج للتأكد من خلو طرفي العلاقة الزوجية من بعض الأمراض وقدرتهما على إنجاب أطفال أصحاء. كما حظرت تشريعات بعض الدول صراحة زواج الأقارب بغية تفادي استقرار الأمراض الوراثية و استمراريتها ضمن نطاق العائلة الواحدة.

ولا شك أن الفحص الطبي قبل الزواج يحقق فوائد جمة وعديدة على الصعيدين الفردي والوطني. فيبصر الأفراد المقدمين على الزواج بالأمراض التي يمكن أن تصيب أطفالهم بغية تفاديها كلية أو الحؤول دون حدوثها عن طريق الاحتياط منها عن طريق تناول الأدوية والعقاقير الطبية اللازمة. كما أنه يفيد الدولة نفسها

بالاطمئنان على صحة أفرادها وحصولها على أطفال أصحاء مما يؤدي إلى الاقتصاد في النفقات العلاجية التي تتكبدها . ولكن مغالاة بعض الدول في هذا الميدان حملها على تبني نهج عنصري وغير إنساني ، فلقد كانت ألمانيا من أوائل الدول التي تصدر قوانين تحظر بمقتضاها زواج المرضى المصابين بأمراض عقلية أو وراثية ، فقد صدر في ١٨/ ١٠/ ١٩٣٥ قانون لحظر زواج المرضى المصابين بأمراض عقلية أو وراثية ، وعرف هذا القانون باسم قانون حماية الصحة الوراثية للشعب الألماني[١] .

واختلف الفقه الجنائي حول إباحة الإجهاض للتخلص من جنين مشوه أو مصاب بمرض خطير ، وتمحور الخلاف بينهما في اتجاهين متضادين ومتناقضين :

الاتجاه الأول: عدم جواز الإجهاض:

ذهب جانب من الفقه الجنائي إلى عدم مشروعية اجهاض الجنين المشوه أو المصاب بمرض خطير . وحجتهم في هذا الشأن أن حق الجنين في الحياة يفوق ويسمو مصلحة الأسرة في أن يكون جميع أفرادها أسوياء البدن والعقل[٢] .

الاتجاه الثاني: جواز الإجهاض:

يرى جانب من الفقه الجنائي بجواز الإجهاض في هذه الحالة[٣] شريطة توافر

(١) الدكتور أبو اليزيد علي المتيت . النظم السياسية والحريات العامة ، الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة ، ١٦٤ .

(٢) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ . والدكتور عمر السعيد رمضان ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، القاهرة دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، ص ٣٣٢ .

(٣) يقول الدكتور رؤوف عبيد ، وإذا لم يكن في الحمل خطر جسيم ، بل كان من المتوقع فقط=

العديد من الشروط : أولها ، أن يقطع الأطباء بان الجنين مصاب بآفة بدنية أو عقلية بحيث ينتج عنهما ولادته مشوهاً بمرض وراثي خطير خصوصاً أن هذا الاحتمال ليس أمراً نادراً في وقتنا الحاضر بالنظر للآثار الجانبية السلبية لبعض الأدوية والعقاقير التي تتناولها الحامل أثناء الحمل وصور الأشعة التي يحتاج لها الأطباء لتشخيص بعض الأمراض . وثانيهما أن يتم الإجهاض خلال فترة زمنية معينة فقط ، وبذا يضحي الإجهاض بعد فوات هذه الفترة أمراً غير مشروع ولكنهم اختلفوا في أمر هذه الفترة الزمنية ، فمنهم ومن يرى أن هذه المدة هي أربعون يوماً تأسيساً على أن الجنين في هذه الفترة لا يعدو أن يكون مجرد قطعة لحم لم تدخل مرحلة التخلق بعد . في حين يرى البعض الأخر من أنصار هذا الاتجاه أن هذه الفتر ة يجب أن لا تتجاوز الأسبوع السادس عشر من الحمل[1] .

ويستند أتصار هذا الرأى الى حق الجنين والأسر ة معاً لتبرير الاجهاض في هذه الحالة . فإذ كان من حق الجنين ان تستمر حياته ونموه الطبيعي وتطوره داخل رحم الأم حتى يحين الميعاد الطبيعي المقدر لولادته ، فإن من حقه أيضاً أن يولد صحيح البنية معافى من أي تشوه خلقي أو مرض عقلي يجعل حياته وحيا ة أسرته حياة

= ولادة الطفل مصاباً بتشويه أو بعاهة كما في حالة إصابة الأم بمرض الزهري أو الحصبة الألمانية لا يجوز منع الإسقاط طبقاً لتشريعنا ، وهذا قصور واضح يحسن تداركه .

(١) الدكتور حسن محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص١١٨ . والمراجع التي أشار إليها في الهامش رقم (١) و (٢) من الصفحة ١١٨ .

محطمة متهالكة لا معنى لها[1] . كما أن المصلحة العليا للدولة تستلزم المحافظة على صحة أفراد الشعب وإنجاب نسل سليم صحياً وخلقياً .

وننوه الى أنه رغم أهمية الفحص الطبي قبل الزواج على الصعيدين الفردي والجماعي لا زالت الأردن حتى يومنا هذا لم تفرض مثل هذا الفحص . لهذا ندعو المشرع الأردني الى الإسراع في إصدار هذا القانون الذي طال انتظار . رغم الندوات والمطالبات المتكررة لإصداره .

المطلب الثاني
التعقيم

يُقصد بالتعقيم قتل قدرة الإنجاب نهائياً عند الشخص سواء كان ذكراً أم أنثى . وعليه لايستطيع الشخص إنجاب أطفال نهائياً . لهذا يصنف التعقيم حسب إرادة الشخص إلى تعقيم اختياري وتعقيم إجباري .

فيُقصد بالتعقيم الإجبارى ذلك التعقيم الذي يفرض على الشخص جبراً ، أي رغم إرادته ، ويستوي أن يعلم الشخص بذلك أو لم يعلم . فقد لجأت بعض الدول وعلى رأسها ألمانيا النازية إلى تعقيم بعض الرجال والنساء الذين يعانون من بعض الأمراض الخطيرة بغية خلق جنس موفور الصحة والقوة ، فقد منح القانون الصادر في ١٤/ ٧/ ١٩٣٣ الدولة حق تعقيم الأفراد الذين يعانون من بعض الأمراض

(١) الدكتور حسن محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص ١٠١٨ .

الوراثية سواء كانت أمراضاً عقلية أم عضوية. وكان التعقيم يتم بناء على طلب الشخص نفسه أو توصية الطبيب المختص بمراعاة حماية الجنس الألماني أو بناء على أمر من مدير السجن. وتفصل في طلب التعقيم محكمة خاصة مؤلفة من قاض وطبيبين، وتستأنف أحكامها أمام المحكمة العليا للصحة الوراثية[1].

والواقع أن ألمانيا النازية لم تكن الدولة الوحيدة التي طبقت التعقيم الإجباري على بعض الأشخاص، بل لجأت إليه العديد من الدول، فقد فرضت الولايات المتحدة الأمريكية التعقيم الإجبارى على بعض المرضى المصابين بأمراض عقليةمعينة. وأقرت المحكمة العليا الأمريكية بمشروعية الأحكام التشريعية التي تفرض التعقيم الإجباري على هؤلاء المرضى[2]. كما فرضت وأباحت القوانين الدانماركية والفنلندية التعقيم الإجبارى على النساء التي تقل نسبة الذكاء عندهن عن نسبةمئوية معينة[3].

ويفرض التعقيم الإجباري أحياناً لأسباب جزائية، أي كعقوبة جزائية توقع على الجاني، فقدقررت قوانين الولايات المتحدة منذ عام (١٩٠٧) تعقيم بعض المجرمين. كما أجازت قوانين ألمانيا النازية التعقيم الإجباري في حالات معينة خصوصاً في حالات العود لارتكاب الجرائم الأخلاقية. وتضمنت قوانين العقوبات السويدية

(١) الدكتور أبو اليزيد علي المتيت. المرجع السابق، ص١٦٤.

(٢) J. Robert: libertes publiques, paris, montchrestien, 1982, p. 206.

(٣) J. Robert: op. cit.,p.206.

والدنماركية أحكاماً مماثلة[1] . وعليه قضت محكمة جنايات جنيف بسو يسرا عام (١٩٤٩) في قضية كوربر والذي لم يكن قد تجاوز السابعة والعشرين من العمر بتعقيمه لإدانته بارتكاب تسع عشرة جريمة خلقية[2] .

وفي مقابل تلك الدول هناك العديد من الدول التي حظرت وجرمت التعقيم الاجبارى أياً كانت أسبابه وبواعثه . ومن أمثلتها فرنسا التي تعاقب قوانينها الطبيب الذي يعقم امرأة مصابة بمرض عقلي . فتنص تلك القوانين على عقوبات جزائية وتأديبية ترقع بحق الأطباء الذين يقومون بمثل هذا العمل الإجرامي . هكذا يعد التعقيم جريمة جزائية يعاقب عليها قانون العقوبات .

ولا شك أن التعقيم بالمعنى السابق يخالف مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج [3] الذي من أهم أغراضه ومقاصده التناسل وقد جاء ذلك واضحاً وصريحاً في حديث الرسول ﷺ الذي يحث فيه على النكاح اذ يقول : «تناكحوا تناسلوا فإني مباهي بكم الأمم يوم القيامة»[4] . كما ذهب بعض فقهاء الشافعية إلى تحريم استعمال ما يقطع الحبل من أصله . ويستوي في تحريم التعقيم أن يكون قبل الإنجاب مطلقاً أو بعد

---

(١) الدكتور ابو اليزيد علي الميتت، المرجع السابق، ص ١٦٥ .

(٢) الدكتور ابو اليزيد علي الميتت، المرجع السابق، ص ١٦٥ .

(٣) في مقاصد الشريعة الإسلامية من الإنجاب انظر الدكتور محمد سلام مدكور ، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الاسلامي، القاهرة دار النهضة العربية، ١٩٦٩ ، ص ٣١٣ .

(٤) الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

الإنجاب اكتفاء بما رزق به الزوجان أو أحدهما من أولاد، فإن ذلك أيضاً يشتمل على مضرة تتنافى مع أغراض الشرع فإن ما رزقهما الله به من أولاد قد يفقدانه رفعة واحدة أو على التتالي، وقد فقد كلاهما أو أحدهما وسيلة الإنجاب فيقعان في الحرمان ولا يستطيعان أن يتداركا ما فاتهما، وقد تتحرك فيهما أو فيمن فقد منهما الصلاحية للإنجاب عاطفة الأمومة أو الأبوة فلا يجدان أو أحدهما مجالاً لتحقيقها والانتفاع بها ويندمان أو أحدهما وقت لا ينفع الندم [1].

فإذا كان التعقيم بالمعنى السابق محرماً شرعاً، فقد يكون مباحاً، بل قد يكون واجباً منعاً للضرر وأخذاً بقاعدة دفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى واتباع أخف الضررين [2].

ويُقصد بالتعقيم الاختياري ذلك التعقيم الذي يتم بناء على طلب الشخص ورضائه وموافقته. لهذا يرى البعض في هذا النوع من أنواع التعقيم على أنه وسيلة للحد من الإنجاب أو للحد من النسل. ولكن تشريعات بعض الدول تعتبره عملية بتر للأعضاء. فيعاقب الطبيب الفرنسي الذي يمارس أفي من نوعي التعقيم (الإجباري والاختياري) بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (٣٠١) من قانون العقوبات [3]. كما أن المادة (٢٢) من الدستور الطبي الفرنسي تنص على أنه لا يجوز إجراء أي

(١) الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق. ص ٣١٣ و ٣١٤.

(٢) انظر الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣١٥. .

(٣) Cass. crim: 1/7/1937, 1938, 1, 193.

عملية بتر إلا لأسباب طبية جدية وحقيقية أو في حالتي الاستعجال والاستحالة شريطة إعلام الشخص مسبقاً والحصول على موافقته المسبقة [١]. ولكن عمليات التعقيم الاختياري تتم في فرنسا في السر والخفاء [٢].

المطلب الثالث
التلقيح الاصطناعي

لا يمكن للزوجين المصابين كليهما أو أحدهما بالعقم (عدم القدرة الطبيعية على الإنجاب) ممارسة حقهما الطبيعي في الإنجاب إلا بفضل التلقيح الاصطناعي. فقد أثارت التجارب التي أقدمت عليها ونفذتها مراكز الأبحاث والدراسات المتخصصة في علاج العقم مشاكل قانونية وأخلاقية ودينية واجتماعيا لا حصر لها. لهذا أصدرت العديد من الدول كفرنسا تشريعات قانونية تبيح التلقيح الاصطناعي وتنظمه [٣].

والتلقيح الصناعي هو إدخال مني سليم في العضو التناسلي للمرأة بغير اتصال جنسي بهدف علاج حالة العقم التي تعاني منه [٤]. ولكن صور التلقيح الاصطناعي

---

(١) Decret. No 79-206 du 28/6/1979.

(٢) J. Robert; op. cot.,p.206.

(٣) J. Robert; op. cot.,p.208.

(٤) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٣٥.

ليست واحدة، بل تتعدد وتتباين حسب مصدر الحيوان المنوي والبويضة. وعليه تتمثل هذه الصور في الصور الآتية[1]:

الصورة الأولى: تتمثل هذه الصورة حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزوج ومصدر البويضة هو زوجته الشرعية التي تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها.

الصورة الثانية: تتمثل هذه الصورة حينما يكون مصدر الحيوان المنوي شخصاً أخر غير الزوج (إذا كان الزوج هو الذي يعاني من العقم)، ويكون مصدر البويضة هو الزوجة.

الصورة الثالثة: تتمثل هذه الصورة حينما يكون مصدر الحيوان المنوي هو الزوج، ومصدر البويضة إمرأة أخرى غير الزوجة إذا كاتت هذه الأخيرة غير قادرة على إنتاج بويضة صالحة للإخصاب.

الصورة الرابعة: تتمثل هذه الصورة حينما يكون مصدر الحيوان المنوي والبويضة شخصين آخرين غير الزوجين.

ويتم الإخصاب في جميع الصور الأربعة السابقة عن طريق انتزاع بويضة صالحة للإخصاب من المبيض، ومن ثم تلقيحها بمني الرجل دون اتصال جنسي بينهما- ثم وضع البويضة الملحقة في أنبوبة بها السائل اللازم للنمو ثم الانقسام بعد ذلك حتى تتم عملية التخصيب وبعد أن تتكون النطفة الملقحة تزرع في رحم الزوجة

---

(١) في صور التلقيح الصناعي، انظر د. حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص٣٥ وما بعدها.

لتنمو نمواً طبيعياً وتتطور إلى أن تتم الولادة في الموعد الطبيعي المقدر لذلك[1] .

الصورة الخامسة: تتمثل هذه الصورة حينما يكون مصدر البويضة والحيوان المنوي هو الزوجان ، و لكن البويضة الملقحة تزرع في رحم امرأة أخرى غير الزوجة لعدم مقدرتها لأسباب تتعلق برحمها أو لإصابتها بمرض خطير يحول دون حملها .

ولا شك أن الاستخدامات المختلفة لأطفال الأنابيب تثير مشاكل قانونية ودينية حاول رجال القانون والشرع الإجابة عليها صراحة بالنظر لأهميتها في معالجة مشاكل العقم لدى الرجال والنساء معاً .

يرى جانب من الفقه القانوني أن مشروعية استخدام الصورة الأولى من صور أطفال الأنابيب ليست محل شك ، لأن عملية تلقيح الحيوان المنوي للبويضة فيها تشبه عملية التلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي بين الزوج وزوجته . فالقانون لا يعول على الاتصال الجنسي في حد ذاته ، وإنما على نتيجة هذا الاتصال وهو الحمل . كما تستهدف هذه الصورة أيضاً علاج حالة العقم عند الزوجة ، وتمكين الزوجين وتحقيق رغبتهما الطبيعية والمشروعية في ممارسة حقهما في الإنجاب . كما يستوي الطفل الذي جاء نتيجة تلقيح اصطناعي من الناحية القانونية مع الطفل الذي جاء نتيجة علاقة جنسية عادية بين الزوجين[2] . ولكن عدم مشروعية الصورة الثانية والثالثة والرابعة

---

(١) الدكتور حسن محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص ٣٤ و ٣٥ .

(٢) انظر الدكتور حسن محمد ربيع ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

ليست خلاف أيضاً، فليس هناك من يجادل في عدم مشروعيتها[1]. كما تعد الصورة الخامسة والأخيرة من أطفال الأنابيب غير مشروعة أيضاً لوجود شبهة الزنا، فلا يجوز وضع مني رجل في رحم امرأة غير زوجته، كما لا يجوز وضع بويضة الزوجة الملقحة بمني زوجها في رحم امرأة أجنبية، فيعد ذلك محرماً شرعاً، ومن ثم يكون غير مشروع قانوناً[2].

ويطرح موضوع أطفال الأنابيب تساؤلاً قانونياً مهما على صعيد القانون الجنائي يتمثل في التكييف القانوني للبويضة الملقحة في هذه المرحلة. ولكنها تعد في ضوء التعريف الفقهي الراجح [3] للجنين أنها تشكل بداية حياة الجنين، وبذا يعد أي اعتداء على هذه البويضة المتكونة من اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة مكوناً للركن المادي لجريمة الإجهاض شريطة توافر الأركان الأخرى[4]، ويسأل الفاعل عن هذه الجريمة ويعاقب بعقوبة الإجهاض.

موقف الشريعة الإسلامية من أطفال الأنابيب:

تعد مسألة أطفال الأنابيب مسألة حديثة ترجع إلى عام ١٩٧٨ عندما تمت ولادة لويزا براون أول طفلة أنبوب في العالم، وبذا عقدت العديد من الندوات والمؤتمرات

(١) انظر الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٣٧ و ٣٨.

(٢) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٣) انظر الصفحة ٢٨ من هذا البحث.

(٤) انظر الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٤٢.

الإسلامية لدراسة هذه المسألة وتحديد موقف الشرع الإسلامي منها . فلقد عقد مجلس مجمع الفقه الإسلامي عام ١٩٨٦ مؤتمره الثالث في العاصمة الأردنية عمان لمناقشة موضوع التلقيح الصناعي، أطفال الأنابيب . وحدد المجمع سبعة طرق يتم بها التلقيح الصناعي، وهي الآتية :

الطريقة الأولى: أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته .

الطريقة الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة الثالثة: أن يجرى تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها .

الطريقة الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة ا لأخرى .

الطريقة السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .

الطريقة السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً.

وبعد أن حدد علماء الفقه الإسلامي طرق التلقيح الصناعي قرروا أن الطرق الخمسة الأولى محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقتان السادس والسابع فقد قرروا أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة اخذ كل الاحتياطات اللازمة [1].

ومن نافلة القول أن الإمام شلتوت يقول عن أطفال الأنابيب أنه " جريمة منكرة وإثم عظيم. يلتقي مع الزنى في إطار واحد؟ جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة وهي وضع ماء رجل أجنبي قصداً في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجة شرعية يظلها القانون الطبيعي، والشريعة السماوية، ولولا قصور في صورة الجريمة، لكان حكم التلقيح في تلك الحالة، هو حكم الزنى الذي حددته الشرائع الإلهية، ونزلت به كتب السماء "[2].

---

(١) انظر مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، العدد الثالث، الجزء الأول، ١٩٨٧، ص ٥١٥.

(٢) الشيخ شلتوت، الفتاوى، القاهرة دار الشروق، ١٩٩١، ص٣٢٨. وانظر أيضاً الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣٣١ وما بعدها.

المبحث الثاني
حق عدم الإنجاب

للزوجين حق تقرير الإنجاب من عدمه، فهم أصحاب الحق في ممارسة هذا الحق الطبيعي من عدمه، فلهم كامل الحق في ممارسته في أي وقت يشاؤون. ولكن لغايات البحث الدقيق المتأني يتعين التفريق بين تنظيم النسل والإجهاض بالنظر لاختلاف الأحكام القانونية المتعلقة بهما.

المطلب الأول
تنظيم النسل

يقصد بتنظيم النسل استخدام الوسائل الطبية أو الطبيعية لمنع حدوث الحمل بعد العملية الجنسية بين الرجل والمرأة، فهي عملية إرادية تتوقف على رضا الطرفين (الرجل والمرأة) وموافقتهما معاً. لهذا يملك طرفا العلاقة الجنسية تقرير عدم الإنجاب باستخدامهما إحدى الوسائل الطبية أو الطبيعية المتاحة لمنع حدوث الحمل.

وتعتبر عملية تنظيم النسل في معظم الدول مشروعة سواء كانت الوسائل المستعملة طبية أم طبيعية، وبذا يعد استعمال وسائل منع الحمل الاصطناعية على الصعيدين الطبي والقانوني مشروعاً، بل إن العديد من الدول ذات الكثافة السكانية العالية نظمت العديد من حملات التوعية الوطنية لحث أفرادها وترغيبهم في تنظيم عملية إنجاب الأطفال. كما أنشئت مراكز للأمومة والطفولة في جميع أنحاء مدنها

وقراها لمساعدة الأفراد على تنظيم النسل، وقدمت وسائل لمنع الحمل مجاناً أو بأسعار رمزية لا تتناسب إطلاقا مع تكلفتها المالية.

ومن المتفق عليه جنائياً أن منع الحمل قبل حدوثه بالفعل لا يشكل جريمة إجهاض، حتى ولو كان بجراحة من جراح(1). ولكن هذا الرأي يحتاج لبعض التوضيح، إذ أنه ينطوي على تعميم خاطئ. فمن المعلوم جنائياً (2) أن الجنين يتكون بمجرد أن يلقح الحيوان المنوي للرجل بويضة المرأة وعليه تبدأ الحماية الجنائية المقررة للجنين منذ إخصاب البويضة التي تبقى في قناة الرحم مدة ثلاثة أيام، ومن ثم تنتقل إلى الرحم لتمكث فيه عشرة أيام. وبعد انتهاء هذه المدة تقوم بإلصاق نفسها في جدار الرحم، والإنزراع فيه وبدء نموها وتكاثرها(3). وعليه يثور التساؤل حول مدى مشروعية وسائل منع الحمل والأدوية التي تتناولها النساء لهذه الغاية (4). فيجب التفريق من الوسائل والأدوية التي تمنع الحيوان المنوي من تلقيح البويضة و إخصابها وبين الوسائل والأدوية التي تقتل البويضة الملقحة أو تمنعها من الالتصاق بجدار الرحم و الإنزراع فيه أو الحيلولة دون بقائها مزروعة لمدة طويلة. وعليه تعتبر الوسائل

---

(١) الدكتور رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، القاهرة دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص٢٢٨.

(٢) في هذا الشأن انظر ص٢١ من هذا البحث.

(٣) انظر الدكتور كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، عمان ١٩٨٨، ص٢٤٧.

(٤) في هذه التفرقة انظر الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٧٤٢.

والأدوية في الحالة الأولى وقائية ومشروعة لمنعها تلقيح البويضة وإخصابها، في حين تعد الوسائل والأدوية في الحالة الثانية غير مشروعة لكونها جميعاً وسائل مجهضة لتدميرها البويضة الملقحة ابتداءً أو لمنع نموها وتطورها الطبيعي مما يؤدي في النهاية إلى القضاء عليها.

موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل:

لا شك أن الإسلام يشجع الأزواج على الإنجاب، إذ بإنجاب الأطفال تستمر الأمة الإسلامية وتتكاثر ويتعاظم دورها ومكانتها الدولية. كما حبب الإسلام الأزواج في كثرة النسل، وبارك الأولاد ذكوراً و إناثاً. لكنه رخص لهم تنظيم النسل إذا دعت إلى ذلك دواعي معقولة وضرورات معتبرة[1].

فإذا كان تنظيم الحمل أمراً مباحاً شرعاً وفق رأي جمهور الأئمة، لأن الوسيلة التي كانت متبعة في ذلك الوقت هي العزل، أي قذف النطفة خارج الرحم عند الإحساس بنزولها[2]. واستند جمهور الأئمة في إباحتهم للعزل إلى أحاديث نبوية شريفة وممارسات صحابة رسول الله عليه الصلاة والسلام. فقد روي في الصحيحين عن جابر «كنا نعزل في عهد رسول الله ﷺ والقرآن ينزل». وجاء في

(١) الدكتور يوسف القرضاوي الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة الأولى١٩٨٩، ص ٣٠٤.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص١٩١. والدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص١٩١

صحيح مسلم «كنا نعزل على عهد رسول الله فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فلم ينهنا»[1] كما روى أنه جاء رجل إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقال: « يا رسول الله: إن لي جارية وأنا أعزل عنها، وإني أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجل. وإن اليهود تحدث: أن العزل الموؤدة الصغرى!! "فقال عليه السلام كذبت اليهود. لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه »[2].

فإذا كان العزل باعتباره أحد وسائل تنظيم النسل محل اتفاق جمهور الأئمة، فان ابن حزم يخالف رأي الغالبية، ويرى أن العزل محرم مطلقاً. واستدل على حرمة العزل بما رواه مسلم أن النبي ﷺ سئل عن العزل فقال: ذلك الوأد الخفي. كما استدل بأحاديث أخرى للصحابة، فمن ذلك ما رواه عن نافع أن ابن عمر كان لايعزل، وقال: لو علمت أحداً من ولدي يعزل لنكلته. ومنه ما رواه عن طريق الحجاج بن المنهال أن علي بن أبي طالب كان يكره العزل[3].

و إذا كان العزل باعتباره إحدى وسائل تنظيم النسل أمراً مباحاً شرعاً وفق الرأي الراجح، فيتعين لإباحته توافر مجموعة من المسوغات المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية لعل أولها أن يكون العزل للضرورة ومن أوائل الضرورات الخشية

(١) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع ا لسابق، ص ١٩١.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السير ة، دار الفكر، ١٩٨٠، ص ٢٨٢.

على حياة الأم أو صحتها من الحمل أو الوضع أو الخشية على الأولاد أن تسوء صحتهم أو تضطرب تربيتهم، أو الخشية على الرضيع من حمل جديد ووليد جديد[1] كما يتعين أن يتم العزل برضى الزوجين نفسيهما دون أن يكون عليهما سلطان أو أي توجيه من الخارج، إذ إن ما يجوز ممارسته للفرد صاحب العلاقة، قد لا يجوز تشريعه بشكل إلزامي للجماعة[2].

وتفريعاً عما سبق يرى الفقه الغالب أن استعمال الوسائل الحديثة لمنع الحمل جائز شرعاً ما دامت تحقق الأهداف- والغايات التي توخاها رسول الله عليه الصلاة والسلام من إجازة العزل، فقد استهدف رسول الله ﷺ حماية الرضيع من الضرر وتجنب المفسدة الأخرى، وهي الامتناع عن النساء مدة الرضاع وما في ذلك من مشقة[3]، شريطة أن يكون استعمال هذه الوسائل الحديثة برغبة متفقة من الزوجين، وأن لا ينطوي استعمال هذ الوسائل على ضرر للزوجة[4].

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص١٩٢و١٩٣.

(٢) الدكتور محمد سعيد البوطي، المرجع السابق، ص ٢٨٣. والدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص٣١٧.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص١٩٤.

(٤) الدكتور محمد سعيد البوطي، المرجع السابق، ص٣٨٢. وفي الرأي المعارض لاستعمال الوسائل الحديثة لمنع الحمل، انظر الدكتور محمد سعيد البوطي، المرجع السابق، ص٣٨٢. وانظر أيضاً الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص٣١٨و ٣١٩.

المطلب الثاني
إسقاط الجنين

تعددت وتنوعت التعريفات الفقهية للإجهاض. فيعرفه البعض بأنه " ابتسار الولادة أو إسقاط الجنين قبل الأوان "[1] ويعرفه البعض الآخر بأنه " استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة، إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة "[2] ويعرفه البعض الأخر بأنه « إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمداً في الرحم »[3].

ويستفاد من التعريفات السابقة أن الإجهاض يتحقق بإحدى صورتين: أولهما، وهي الأكثر حدوثاً في العمل؛ إذ تفترض إخراج الجنين من الرحم بوسيلة غير تلقائية قبل الموعد الطبيعي لولادته؟ وتتحقق هذه الصورة ولو خرج الجنين حياً وقابلاً للحياة وثانيهما، تفترض قتل الجنين في الرحم، ولا ترتهن بخروجه منه. وترتبط الصورتان السابقتان مع بعضهما البعض بصلة وثيقة، فخروج الجنين حياً قبل الموعد الطبيعي لولادته يفضي في الغالب إلى موته بعد وقت قليل؟ ومن ناحية ثانية فإن قتل الجنين في الرحم يستتبع خروجه منه لأن بقاءه فيه يهدد حياة الحامل أو صحتها بأشد

---

(١) الدكتور محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دمشق١٩٦٥، ص٥٣٥.

(٢) د. رؤوف عبيد جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٢٦

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

الأخطار [1].

ونحن نرى بأن التعريفات الفقهية السابقة لا تعكس الحكمة من تجريم الإجهاض، ولا تأخذ التطور والتقدم العلمي في الحسبان، إذ بالإمكان من الناحية الطبية البحتة توفير الحياة للجنين الذي يسقط قبل أوانه. كما لم يعد مفهوم الرحم مقصوراً على رحم المرأة، بل أصبح يشمل المكان الذي تتكون فيه البويضة الملقحة وتنمو وتتطور نمواً وتطوراً طبيعياً. وعليه نرى الإجهاض بأنه قتل البويضة الملقحة في المكان الذي تتكون وتتطور وتنمو فيه نمواً طبيعياً من لحظة تلقيحها وحتى تتم عملية الولادة الطبيعية.

فإذا كان للزوجين كامل الحق في تنظيم النسل، فإن حقهما في اجهاض الحمل بعد حدوثه، محل خلاف كبير، إذ يتنازع دول العالم اتجاهان متضادان. يتمثل أولهما، في رفض الإقرار بمشروعية الإجهاض احتراماً لحق الجنين في الحياة وحفاظاً للقيم الدينية والأخلاقية والمصالح المشتركة التي يقوم عليها المجتمع. ويتجلى ثانيهما، في الإقرار بمشروعية الإجهاض احتراماً لحرية المرأة الحامل نفسها. فالقرار في استمرار الحمل أو انهاؤه قبل الموعد الطبيعي للولادة يندرج ضمن حياة المرأة الخاصة نفسها [2]. وعليه تظهر بجلاء حجج الاتجاهين السابقين وتبريراتهما

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٢) JRobert: op. cit.,p. 208.

القانونية .

ولا شك أن الخلاف السابق ترك أثراً واضحاً على موقف التشريعات القانونية إزاء هذه المسألة المهمة والحيوية على الصعيدين العائلي والوطني. وعليه يمكننا تصنيف موقف التشريعات القانونية إلى اتجاهين مختلفين: أولهما، اتجاه يبيح الإجهاض في حالات معينة ووفق شروط محددة وثانيهما يحظر الإجهاض ويجرمه ويعتبره جريمة جزائية يعاقب عليها قانون العقوبات .

الاتجاه الأول:

ذهبت تشريعات العديد من الدول إلى الإقرار بحق المرأة الحامل في اجهاض جنينها قبل موعد الولادة الطبيعي، وتجلى هذا الاعتراف التشريعي في عدول الدول عن تجريم واقعة الإجهاض واعتبارها فعلاً مباحاً في مراحل معينة من الحمل وبشروط محددة. ومن أمثلة هذه الدول الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا والدول الاسكندنافية وفرنسا الذي أقر القانون رقم ٧٥/ ١٧ الصادر في ١٧/ ١/ ١٩٩٥ ومن بعده القانون رقم ٧٩/ ١٢٠٤ الصادر في ٣١/ ١٢/ ١٩٧٩ بحق المرأة الحامل في الإجهاض[1]

الاتجاه الثاني:

لا زالت تشريعات غالبية الدول وعلى رأسها الدول العربية والإسلامية على

(١) انظر هذا الاتجاه الدكتور كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الإنسان، عمان ١٩٨٨ ، ص ٢٧٢ وما بعدها .

موقفها السابق من حيث تجريم الإجهاض واعتباره جريمة جزائية يعاقب عليها قانون العقوبات سواء كان فاعل الجريمة هو المرأة الحامل نفسها أم الغير، وسواء تم الإجهاض برضاها وبطلب منها أو رغماً عنها .

وعلة ذلك أن الإجهاض في الحقيقة هو إنهاء لحياة الجنين واعتداء صارخ على حقه في الحياة فهو عمل من إعمال القتل أيا كان التكييف القانوني الذي نضفيه عليه . فضلاً عن كونه فعلاً شنيعاً وخطأ جسيماً غير مبرر، بالإضافة لكونه فعل ضار بالمجتمع ككل، والقيم الأخلاقية والدينية التي يرتكز عليها المجتمع العربي والإسلامي تحديداً . ولا يمكن الاحتجاج بالاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية لتبرير الإجهاض . فالقول بأن زيادة أبناء الأسرة يؤدي إلى سوء مركزها الاقتصادي والاجتماعي وعجزها عن تربية أطفالها وتنشئتهم تنشئة حسنة لا يستقيم مع المنطق القانوني المجرد والقيم الدينية والأخلاقية التي تقوم عليها المجتمعات العربية والإسلامية . فحق الجنين في الحياة يعلو ويسمو على أي اعتبارات اقتصاديا واجتماعية، فعند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادي للأسرة وحق الجنين في الحياة يتضح في جلاء رجحان الثاني، ومن ثم تتعين صيانته بتجريم الاعتداء عليه ولو استند إلى هذه الأسباب[1] . ناهيك عن صعوبة وضع معيار يحدد المستوى الاقتصادي للأسر والعائلات التي يباح لها الإجهاض، إذ يعتبر المستوى

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٨ . والدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص١٣٢٠ .

الاقتصادي مسألة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى ومن وقت إلى آخر في ذات الدولة الواحدة، بل قد يتباين هذا المستوى حسب أقاليم الدولة الواحدة.

وتتعارض إباحة الإجهاض أيضاً مع الشريعة الإسلامية الغراء التي تحظر قتل الأطفال خشية الفقر حظراً كلياً ومطلقاً. يقول سبحانه وتعالى في محكم كتابه العزيز ﴿ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطا كبيرا﴾[1]

ولكن يتعين للقول بأن هناك فعل اجهاض مجرم وجود حمل، أي أن يقع الاعتداء لى امرأة حامل. وعليه لا وجود لجريمة اجهاض إذا كان الاعتداء موجهاً إلى امرأة اعتقد خطا أنها حامل. كما لايصح اعتبار هذا الفعل شروعاً في اجهاض لاستحالة الجريمة استحالة مطلقة لانعدام موضوعها[2] كما يتعين لقيام جريمة الإجهاض من الناحية القانونية أيضاً أن يكون الجنين المعتدى عليه حياً.

وعليه لا تقوم هذه الجريمة إذا تبين موت الجنين في الرحم قبل إتيان السلوك الإجرامي.

---

(١) الآية رقم (٣١) من سورة الاسراء

(٢) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٢٦. ويقول محمود نجيب حسني "يفترض الإجهاض وجود حمل، ويتعين أن يوجد الحمل حقيقة، فلا يكفي توهم الجاني وجوده، فقد استبعد الشارع العقاب على الشروع في الإجهاض مما يستتبع استبعاد العقاب على الإجهاض المستحيل"، المرجع السابق. ص٣٠٠. ويقول الدكتور فتوح الشاذلي "تفترض جريمة الإسقاط وجود حمل يكون هو المحل الذي يقع عليه الاعتداء"، المرجع السابق، ص٥٨٧. وانظر أيضاً الدكتور عبد المهيمن بكر سالم، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، الكويت، ١٩٨٢، ص٢١٤.

أولاً: اجهاض المرأة الحامل نفسها:

نصت المادة (١٢٣) من قانون العقوبات الأردني على هذه الصورة فكل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات. وعليه يتحقق اجهاض الحامل لنفسها حينما تقوم المرأة نفسها بما استعملته من الوسائل بإجهاض نفسها دون تدخل من طرف خارجي أيا كانت الوسيلة التي استعملتها للوصول إلى النتيجة الجرمية التي تتوخاها، وبذا تكون المرأة الحامل في هذه الحالة هي الفاعل الأصلي لجريمة الإجهاض وجنينها هو المجني عليه. هكذا أراد الشارع من تجريم الإجهاض في هذه الحالة التأكيد على التزام المرأة الحامل بالمحافظة على جنينها تجسيداً لرسالتها الطبيعيةوالاجتماعية [١]. ولا يهم لغايات تحقق جريمة الإجهاض في هذه الحالة نوع الوسيلة التي استعملتها الحامل وطبيعتها. فيستوي أن تكون وسيلة كيميائية كتناولها أدوية وعقاقير طبية أو ممارسة نوع معين من أنواع الرياضات العنيفة أو أن تجهد نفسها بغية تحقيق النتيجة الجرمية. كما تسأل المرأة الحامل عن جريمة اجهاض نفسها إذا شرعت في الانتحار ثم فشلت ولكن ترتب على محاولتها مات جنينها إذا كانت قد توقعت هذه النتيجة فقبلتها، إذ يعد القصد الاحتمالي في الإجهاض متوافراً لديها [٢].

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

ويلاحظ أن عقاب المرأة الحامل التي تجهض نفسها تأكيد على أن الحق الذي يحميه القانون من تجريم الإجهاض هو حق الجنين في الحياة وفي استمرار نموه وتطوره الطبيعي في موطنه الأصلي (رحم أمه) حتى يحين ميعاد ولادته الطبيعية ومن ثم يقع على عاتق الحامل واجب المحافظة عليه[1] .لهذا يطلق على هذه الصورة من صور الإجهاض (الإجهاض السلبي) [2]بالنظر لما يمثله اجهاض الحامل لنفسها من إخلال بواجبها بالمحافظة على جنينها وصونه .

ثانياً: اجهاض الغير للحامل برضاها:

تفترض هذه الصورة من صور الإجهاض وقوع الإجهاض من شخص أخر غير المرأة الحامل . وعليه تسأل المرأة الحامل والغير عن جريمة الإجهاض باعتبارهما فاعلين أصليين للجريمة . فتسأل المرأة الحامل عن رضاها بقبول إجهاضها من الغير استناداً لأحكام المادة ١٢٣ من قانون العقوبات الأردني التي تنص " كل امرأة أجهضت نفسها بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات " ، ويسأل الغير عن إجهاض الحامل استنادا لأحكام المادة ٢٢٣ من القانون نفسه " من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات " . وعليه تسأل المرأة الحامل عن الإجهاض إذا رضيت بأن يستعمل لها غيرها أيَّة وسيلة كانت تؤدي

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٠٥ .

(٢) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٦٢ .

إلى تحقيق النتيجة الجرمية ، وبذا تسأل عن رضاها وعدم معارضتها في أن يستعمل الغير لها الوسيلة التي تحقق النتيجة الجرمية . ويطلق على هذه الصورة من صور الإجهاض (الإجهاض السلبي)[1] للدلالة على دور الحامل على رضاها وعدم معارضتها في استعمال الوسيلة المؤدية أي تحقيق النتيجة الجرمية . ويسأل الغير الذي استعمل الوسيلة المؤدية إلى تحقيق النتيجة الجرمية أياً كانت الوسيلة المستعملة . وعليه يعاقب الفاعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات حتى لو تم اجهاض الحامل بطلب منها وبرضاها .

ثالثاً: التسبب عن قصد بإجهاض المرأة الحامل دون رضاها:

نصت على هذه الصورة الفقرة الأولى من المادة ٣٢٣ من قانون العقوبات " من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها ، عوقب بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات " ؛ وعليه تفترض هذه الصورة من صور الإجهاض أن يتسبب الغير عن قصد بإجهاض الحامل أيا كانت صلة هذا الغير وأياً كانت الوسيلة التي استعملها عن قصد في تحقيق النتيجة الجرمية . كما يتعين لقيام هذه الصورة أيضاً أن تتم دون رضا الحامل بتحقيق النتيجة الجرمية . وتتحقق هذه الصورة إذا قام الجاني بضرب أو إيذاء الحامل دون رضاها بقصد إجهاضها أو قدم لها دواء أو عقاراً طبياً دون رضاها بقصد تحقيق النتيجة الجرمية .

---

(١) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٦٢ .

تشديد العقاب:

حرصاً من المشرع الأردني على حق الجنين في الحياة وعدم تسهيل عملية قتله في رحم أمه فقد اعتبر اجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل ظرفاً مشدداً. كما أن حرصه الشديد على بقاء الحامل على قيد الحياة واستمرار عملية التكاثر والتناسل فقد اعتبر وفاة المرأة الحامل ظرفاً مشدداً.

أ- اعتبار الإجهاض المفضى إلي الموت ظرفاً مشدداً:

اعتبر المشرع الأردني الإجهاض المفضي إلى موت المرأة الحامل ظرفاً مشدداً سواء تم الإجهاض برضا الحامل أو بدون رضاها. فإذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله (حالة الإجهاض الاختياري) إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات(١). هكذا يستوي لغايات تشديد عقوبة الغير (الفاعل الأصلي لجريمة الإجهاض) أن يكون سبب تفاقم النتيجة الجرمية وتعديها إلى حياة الأم أن يكون السبب هو إجهاضها أو الوسيلة التي استعملها الغير في سبيل تحقيق النتيجة الجرمية. كما لا تنقص العقوبة عن عشر سنوات إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل المستعملة إلى موت المرأة عمن تسبب عن قصد

(١) تنص المادة ٢٢٣ من قانون العقوبات: ١) من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها، عوقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. وتضيف الفقرة الثانية من المادة نفسها وإذا أفضى الإجهاض أو الوسائل التي استعملت في سبيله إلى موت المرأة عوقب الفاعل بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تقل عن خمس سنوات.

بإجهاض امرأة دون رضاها[1] .

وننوه إلى أن تشديد عقوبة الغير الذي يترتب عن عملية الإجهاض التي قام بها أو الوسيلة التي استعملها لتحقيق النتيجة الجرمية لفعله الإجرامي لا يحول دون ملاحقته عن جريمة القتل .

ب- اعتبار اجهاض الغير ذى الصفة الخاصة ظرفاً مشدداً:

اعتبر المشرع الأردني في المادة (٣٢٥) من قانون العقوبات إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة ظرفاً مشدداً . فإذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في المواد (٣٢١ و ٣٢٢ و ٣٢٣) طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يزاد على العقوبة المعينة مقدار ثلثها . لقد عدد الشارع أصحاب هذه الصفات الخاصة على سبيل الحصر[2] وبذا لا تشدد العقوبة بحق طالب كلية الطب او الموظفين الإداريين العاملين في وزارة الصحة أو طبيب الأسنان أو الكيميائي[3] .

وتتمثل علة تشديد العقوبة بحق أصحاب الصلات الخاصة السابقة في السهولة التي يصادفونها في ارتكاب جريمة الإجهاض لحيازتهم للخبرة الفنية والوسائل والمواد

---

(١) المادة ٣٢٣ من قانون العقوبات الأردني .

(٢) الدكتور عبدالمهيمن بكر ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

(٣) الدكتور كامل السعيد ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

التي تمكنهم من إجرائها بسهولة ويسر[1] واستخدامهم لفنهم وعلمهم في غير الأغراض الواجب استخدامها فيها، فضلاً عن قدرتهم على طمس معالم الجريمة مما يشجع الحوامل على الالتجاء إليهم[2]. كما قد يستغل البعض منهم عمليات الإجهاض بقصد الإثراء، بل قد يحترفون هذا السلوك مما يشكل باعثاً غير اجتماعي وغير أخلاقي ويمثل استغلالاً للعمل في ارتكاب هذه الجريمة بصورة تتنافى مع شرف المهنة وأخلاقياتها والقوانين التي تنظم ممارستها وتحكمها[3] ناهيك عما يمثله ذلك من تعدد الجرائم أو العود إلى ارتكابها مما يعد تيسيراً للإجهاض وتشجعياً عليه[4] بصورة تؤدي إلى فساد أخلاق المجتمع وقيمه النبيلة. فإذا كانت غالبية الفقه الجنائي ترى عدم امتداد ظرف التشديد إلى الطبيبة أو الصيدلانية أو القابلة التي تجهض نفسها[5] وذلك لعدم توافر حكمة التشديد لديها[6]، إذ لا يكون دافعها وباعثها على الإجهاض

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٢٣. والدكتور رؤوف عبيد. المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٦٦. والدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص ٦٠١.

(٣) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص١٠٣

(٤) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٢٣

(٥) الدكتور كامل السعيد. المرجع السابق، ص ٢٦٦. والدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص٦٠٠. والدكتور عبد المهيمن بكر، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٦) الدكتور حسن ربيع، المرجع السابق، ص١٠٣.

هو تحقيق الثراء، ولا يعتبر فعلها مظهراً لاحتراف[1]. ولكننا نرى أن ظرف تشديد العقوبة يشمل الطبيب والصيدلانية والقابلة التي تجهض نفسها. وعلة ذلك أن اصطلاح الطبيب والجراح أو الصيدلي أو القابلة الواردة في المادة (٣٥٢) من قانون العقوبات يأخذ بالمدلول الواسع، فالمطلق يجري على إطلاقه. كما أن الحكمة الأساسية من التشديد واردة فيهن، فقد استخدمن علمهن وخبرتهن في ارتكاب جريمة الإجهاض، فقد استخدمن هذا العلم وهذه الخبرة في غير الغاية الواجب استخدامهما فيها، بالإضافة إلى ما يمثله عملهن من إخلال بشرف المهنة وأخلاقياتها ومخالفة مباشرة للقوانين والأنظمة التي تحكم ممارسة مهنهن. كما أن القانون لم يتطلب لانطباق الظرف المشدد أن يكون الطبيب أو من هم في حكمه قد احترفوا إجراء عمليات الإجهاض، بل يتحقق الظرف المشدد ولو أجرى أحدهم الإسقاط للمرة الأولى. كما لا يلزم لانطباق الظرف المشدد أن يتقاضى المتهم أجراً عن عملية الإسقاط[2]. وعليه يستوي ,أن يتقاضى الطبيب أجراً لقاء قيامه بالإجهاض أو يجريه مجاناً على سبيل المجاملة.

وننوه أخيراً إلى أن العبرة في تحديد الغير ذي الصفة الخاصة التي اعتبرها المشرع ظرفاً مشدداً هي للقوانين والأنظمة التي تحدد اكتساب هذه الصفات أو فقدها. ويكفي لتشديد العقوبةأن تتوافر هذه الصفة في الغير، فلم يتطلب القانون عناصر

---

(١) الدكتور محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٢) الدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص ٦٠٠.

أخرى لا[1]. كما يكفي أن تتوافر هذه الصفة في الغير حين إتيان الركن المادي لأن الخطورة ماثلة في شخصه وغير مرتبطة بالمزاولة الفعلية للمهنة[2]. لهذا يستوي لغايات تشديد العقوبة أن يجري الإجهاض طبيب مزاول أو ممارس لمهنته أو موقوفاً مؤقتاً عن ممارسة مهنته أو حرفته. ولكن إذا حرم نهائياً من ممارستها فقد زالت عنه الصفة ولم يعد محلاً للظرف المشدد[3]. كما يستوي لغايات تشديد العقوبة أن يجري الإجهاض الغير ذو الصفة الخاصة بأجر أو مجاناً وتطوعاً لمساعدة الحامل على التخلص من الجنين الذي لا ترغب فيه لأي سبب من الأسباب.

المبحث الثالث
إباحة الإجهاض

فإذا كان الإجهاض في التشريعات العربية والإسلامية كالتشريع الأردني جريمة جزائية يعاقب عليها قانون العقوبات، فهناك حالات معينة يبيح فيها القانون الإجهاض إذ يعتبره فعلاً مباحاً. وتتمثل هذه الحالات في الحالات الآتية:

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٢) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

المطلب الأول
إباحة الإجهاض لأسباب طبية

تبيح التشريعات الطبية في حالات معينة إجهاض المرأة الحامل خصوصاً إذا انطوى استمرار الحمل على تهديد حقيقي لحياة المرأة الحامل . فإذا تعارضت حياة الجنين مع حياة أمه، فيجب ترجيح حياة الأم على حياة جنينها، فحياتها أولى بالرعاية . وعلة ذلك أن حياة الجنين مستقبلية واحتمالية، فقد يولد ميتاً، في حين أن حياة الأم حالة محققة، وبذا تعد حياة الأم أهم اجتماعياً(1) .

وحرص المشرع الأردني على تنظيم الإجهاض العلاجي تنظيماً دقيقاً بصورة تكفل عدم إساءة استعمال هذا السبب من أسباب الإباحة أو المبالغة والمغالاة فيها . فقد نصت المادة ٢٦ من قانون الصحة العامة رقم (٢١) لسنة ١٩٧١ على ما يلي : «يحظر على أي طبيب وصف أي شيء بقصد إجهاض امرأة حاملاً و إجراء عملية إجهاض لأي حامل، و إنما يجوز إجهاض الحامل في مستشفى مرخص أو في دار للتوليد مرخصة، إذا كانت عملية الإجهاض ضرورية لتلافي تعريض حياة الحامل للموت أو للمحافظة على صحتها شريطة : ١) أن يسبق ذلك موافقا خطية من الحامل بإجراء العملية وفي حالة عدم مقدرتها على الكتابة أو عجزها عن النطق فتؤخذ هذه الوثيقة من زوجها أو المسؤول عنها ٢) أن يشهد طبيبان مرخصان على أن العملية ضرورية للمحافظة على حياة الحامل أو صحتها " . كما نصت المادة (٢١) من

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٠ .

الدستور الطبي الأردني على ما يلي « مع مراعاة القوانين المرعية يحظر على الطبيب إجراء الإجهاض الاختياري بأية وسيلة كانت إلا إذا كان استمرار الحمل خطراً على حياة الحامل ويشترط حينئذ : ١) أن يتم الإجهاض من قبل طبيب مختص وبموافقة طبيب مختص أخر في مستشفى مرخص ٢) أن يحرر محضر بتقرير الحاجة الملحة للإجهاض قبل إجراء العملية ٣) أن تنظم منه أربع نسخ أو أكثر حسب اللزوم يوقعها الأطباء والمريضة وزوجها أو وليها وتحفظ نسخة في إضبارة المريضة» .

ويُستفاد مما سبق أنه يشترط لاعتبار الإجهاض فعلاً مباحاً توفر عدة شروط مجتمعة بحيث لو تخلف أي منها اعتبر إسقاط الجنين جريمة إجهاض يعاقب عليها القانون . وتتمثل هذه الشروط في الآتي :

الشرط الأول: أن يكون الإجهاض ضرورياً للمحافظة علي حياة الحامل أو صحتها :

لاعتبار إسقاط الجنين فعلاً مباحاً لا يعاقب عليه قانون العقوبات يتعين أن يكون هذا الإسقاط ضرورياً إما للمحافظة على حياة الحامل وإما للمحافظة على صحتها . لهذا يتوجب لاعتبار الإجهاض عملاً مباحاً أن يكون إسقاط الجنين ضرورياً للمحافظة على حياة الحامل من موت محقق أو محتمل ، أو كما يقول المشرع الأردني في المادة (٢١) من الدستور الطبي إذا كان استمرار الحمل خطراً على حياة الحامل . كما يعد إسقاط الجنين فعلاً مباحاً أيضاً إذا كان ضرورياً للمحافظة على صحة المرأة الحامل . ولكن هذا الاصطلاح واسع وفضفاض يسمح للأطباء بممارسة

صلاحية تقديرية واسعة. لهذا نرى بأنه يتعين الأخذ بالتفسير الضيق لاصطلاح المحافظة على صحة الحامل[1]. وعلة ذلك أن اعتبار إسقاط الجنين عملاً مباحاً هو مجرد استثناء فالاستثناء وفق قواعد التفسير الأصولية لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه. لهذا يتعين لاعتبار إسقاط الجنين فعلاً مباحاً أن يكون ضرورياً للمحافظة على صحة الحامل من تعرضها لمرض أو أمراض يصعب معالجتها مستقبلاً (وهي الأمراض غير القابلة للشفاء) أو تؤدي إلى ضعف جسمها وعجز. بصورة سريعة ومتناهية جداً.

ولكن مهما بلغ مدى المدلول الواسع الذي يتبناه جانب من الفقه الجنائي لاصطلاح المحافظة على صحة الحامل، فلن يشمل قطعاً المتاعب الصحية العادية التي تقترن بكل حمل، فالرغبة في التخلص منها لا تبيح الإجهاض، إذ أن تحملها هو جزء من الرسالة الطبيعية والاجتماعية للمرأة وعليه لا تعتبر المتاعب الصحية العادية المصاحبة للحمل سبباً من أسباب إباحة إسقاط الجنين إذ أنها متاعب حتمية ولصيقة

---

(١) يتبنى الدكتور محمود نجيب حسني المدلول الواسع، إذ يقول «أن يكون ضرورة لإنقاذ الحامل من متاعب صحية لا تقوى على تحملها، أي يثبت أن إجهاضها شرط لشفائها من مرض تعاني منه. ولكن العمل العلاجي أوسع من ذلك نطاقاً: فهو يتسع لحالة ما إذا كان الإجهاض ضرورة لوقاية المرأة من مرض يرجح أو يحتمل أن تصاب به إذا استمر حملها، فالعمل العلاجي يتسع -وفقاً للقواعد العامة- للعمل الطبي الوقائي. ويدخل في هذه الإباحة أن تكون الحامل صغيرة السن ويثبت طبيا أنها لا تقوى لصغرها على احتمال الحمل. ويباح الإجهاض إذا ساءت الحالة النفسية للحامل بسبب حملها وسار محققاً إقدامها على الانتحار أو إحداث إصابات جسيمة بنفسها إذا استمر حملها، إذ يكون الإجهاض ضرورة لحماية الحياة أو سلامة الجسم»، المرجع السابق، ص ٣٠٦ و ٣٠٧.

بالحمل ذاته، وبذا يتوجب على المرأة تحملها باعتبارها جزءاً من رسالتها الطبيعية والاجتماعية.

وحرصاً من المشرع الأردني على عدم إساءة استغلال الأسباب الطبية لإسقاط الجنين، فقد تطلب في المادة (٦١) من قانون الصحة العامة أن يشهد طبيبان مرخصان على أن العملية ضرورية للمحافظة على حياة الحامل و صحتها. كما اشترط في البند الثاني من الفقرة من الدستور الطبي أن يتم الإجهاض بموافقة طبيب مختص أخر في المستشفى المرخص. كما يتعين تحرير محضر بتقرير الحاجة الملحة للإجهاض قبل إجراء العملية.

الشرط الثاني: موافقة المرأة الحامل:

يتعين لاعتبار إسقاط الجنين لأسباب طبية فعلاً مباحاً موافقة الحامل خطياً على الإسقاط. لهذا يتعين أن يسبق إسقاط الجنين موافقة خطية من الحامل بإجراء العملية وفي حالة عدم مقدرتها على الكتابة أو عجزها عن النطق فتؤخذ هذه الوثيقة من زوجها أو المسؤول عنها[1]. وإذا رفضت الحامل إجراء العملية رغم توضيح الطبيب لها خطورة وضعها فعليه الامتثال لإرادتها بعد تثبيت معارضتها[2].

---

(١) المادة (٦١) من قانون الصحة العامة رقم (٢١) لسنة ١٩٧١.

(٢) الفقرة (ب) من المادة (٢١) من الدستور الطبي الأردني.

الشرط الثالث، أن يتم إسقاط الجنين من قبل طبيب مختص:

يتوجب لاعتبار إسقاط الجنين لأسباب طبية فعلاً مباحاً أن يجريه طبيب مختص [1].

فالمقصود بالطبيب المختص هو الطبيب المختص بأمراض النساء والتوليد فقط. وعليه يتخلف هذا الشرط إذا أجرى طبيب عام أو طبيب صاحب اختصاص طبي آخر عملية إسقاط الجنين.

الشرط الرابع، أن يتم إسقاط الجنين في مستشفي مرخص:

اشترط المشرع الأردني إسقاط الجنين لأسباب طبية فعلاً مباحاً أن يتم إسقاط الجنين في مستشفى خاص أو في دار للتوليد مرخصة [2]. ويؤخذ اصطلاح المستشفى أو دار التوليد المرخصة بالمدلول الواسع، فيستوي أن يكون المستشفى أو دار التوليد حكومية أو خاصة. ولكن هذا المدلول الواسع لا يشمل عيادات أطباء أمراض النساء والتوليد. وتتمثل حكمة اشتراط هذا الشرط المكاني في رغبة المشرع في أن تتم عملية إسقاط الجنين في المكان الطبيعي للولادة العادية، ذلك المكان الذي تتوافر فيه جميع التجهيزات والمستلزمات الطبية اللازمة لإنقاذ حياة المرأة إن اقتضت الضرورة ذلك.

---

(١) البند (١) من الفقرة (أ) من المادة (٢١) من الدستور الطبي.

(٢) المادة (٦١) من قانون الصحة العامة السابق الإشارة إليه.

فإذا توافرت الشروط السابقة مجتمعة فلا تلاحق الحامل ولا يعتبر الشخص أو الأشخاص الذين أجروا أو اشتركوا في عملية الإجهاض أنهم اقترفوا جريمة إجهاض[1] . هكذا اعتبر المشرع الأردني الإجهاض في هذه الحالة فعلاً مباحاً لا يعاقب عليه القانون.

المطلب الثاني
إباحة الإجهاض لاعتبارات الضرورة:

تعتبر حالة الضرورة سبباً عاماً من أسباب عدم المسؤولية الجزائية، وبذا تطبق على جميع الجرائم الجزائية بما فيها جريمة الإجهاض. فلا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره، خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً؛ شرط أن يكون الفعل متناسباً والخطر[2] ، ولكن لا يعتبر في حالة الضرورة من وجب عليه قانوناً أن يتعرض للخطر[3] .

وبناءً عليه يتعين للاحتجاج بحالة الضرورة أن تتوفر شروط نفي المسؤولية الجزائية عن فعل إسقاط الجنين. ولعل أهم هذه الشروط هو أن تتعرض الحامل لخطر

---

(١) المادة (٦١) من قانون الصحة العامة السابق الإشارة إليه.

(٢) المادة (٨٩) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ .

(٣) المادة (٩٠) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ .

حقيقي وجسيم يهدد حياتها أو أن ينطوي استمرار حملها على خطر حقيقي يهدد حياتها أو سلامة جسمها . وبهذا يتشابه إسقاط الجنين في هذه الحالة مع إسقاطه لأسباب طبية أو علاجية . لكنه يختلف عنه من ناحيتين أولهما ، أن توافر شروط حالة الضرورة يؤدي إلى منع المسؤولية وليس إلى اعتبار الإجهاض فعلاً مباحاً[1] . وثانيهما ، أنه لا يشترط أن يتم إسقاط الجنين كما في الإجهاض العلاجي في مستشفى مرخص أو دار للتوليد مرخصة من طبيب مختص وأن يشهد طبيبان مرخصان على أن إسقاط الجنين ضروري للمحافظة على حياة الحامل أو صحتها .

المطلب الثالث
الإجهاض لأسباب أخلاقية

قد يكون الحمل نتيجة وثمرة علاقة غير مشروعة بين الرجل والمرأة أو نتيجة اغتصاب أو زنى ، وبذا يطرح تساؤل مهم حول مدى مشروعية إسقاط الجنين دفاعاً عن الشرف والاعتبار واتقاء العار الاجتماعي الذي يلحق بأسرة المرأة الحامل . ولكن هذا التساؤل لا يطرح إلا في الدول التي اعتبرت الإجهاض جريمة جزائية يعاقب عليها القانون ، وهي الدول العربية والإسلامية .

حاول فقه القانون الجنائي إيجاد تبرير قانوني لإسقاط الجنين في هذه الحالة ، فقد استند البعض إلى فكرة الضرورة ، بينما استند البعض إلى فكرة الدفاع الشرعي ،

(١) الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ .

في حين اعتبرته بعض التشريعات عذراً مخففاً.

يرى جانب من الفقه الجنائي إلى عدم مشروعية إسقاط الجنين استناداً لحالة الضرورة لعدم توافر شرائطها القانونية. وذلك لأن وصف الخطر الجسيم على النفس لا يصدق على ما يهدد الإنسان في شرفه وسمعته[1]. وعليه لا يمكن إعمال حالة الضرورة وتطبيقها في حالة الحمل غير المشروع إذ لا يهدد الخطر الجسيم والحال حياة المرأة الحامل، بل شرفها وسمعتها واعتبارها فقط، وهي اعتبارات غير مشمولة بما يهدد النفس بالخطر باعتباره الشرط الأساسي لإعمال حالة الضرورة. ولكن غالبية الفقه الجنائي ترى بأن للنفس في حالة الضرورة عين مفهومه في الدفاع الشرعي، فهي تنصرف إلى الكيان المادي والمعنوي معاً، ولا تقتصر على حق الحياة فحسب، و إنما تشمل كذلك سلامة البدن والعرض والشرف والاعتبار، ومن ثم يكون من التحكم إخراج السمعة والشرف من مدلولها لأن ذلك يعتبر تخصيصاً بغير مخصص، ولذلك لا يوجد مبرر معقول لحرمان من استكرهت فحملت سفاحاً من ميزة الإعفاء من العقاب إذا أجهضت نفسها مخافة العار[2].

---

(١) الدكتور علي راشد. المدخل وأصول النظريات العامة، القاهرة، دار النهضة العربية. ١٩٧٤، ص ٣٤٩.

(٢) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٢١. والدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ٥٠١. والدكتور عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٥، ص ٥٠٦.

ولا يمكن الاستناد إلى حالة الدفاع الشرعي لتبرير إسقاط الجنين إذا كان الحمل غير مشروع . وآية ذلك أن شرائط الدفاع غير متوافرة في هذه الحالة ؛ إذ تقتضي هذه الشروط أن يوجه الدفاع الشرعي إلى مصدر الاعتداء ، فللمرأة حق الدفاع الشرعي ضد الرجل الذي يحاول الاعتداء على عرضها وشرفها . هكذا لا يوجه الدفاع الشرعي في حالة إسقاط الجنين ضد من صدر عنه الاعتداء ، فقد صدر هذا الاعتداء عن الرجل الذي ارتكب الاغتصاب ولكن الفعل قد وقع عدواناً على حق الجنين ، وله في القانون استقلاله عن ذلك الرجل[1] وعليه إذا ما حصل الحمل كان له الحق في النمو والميلاد الطبيعي الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه[2] .

وإذا كانت حالة الضرورة أو الدفاع الشرعي وفق الرأي الراجح في الفقه الجنائي لتبرير إسقاط الجنين إذا كان نتيجة أو ثمرة علاقة غير مشروعة ، فإن بعض التشريعات اعتبرت إسقاطه في هذه الحالة عذراً مخففاً . ومن أمثلتها التشريع الجنائي الأردني . تنص المادة (٣٢٤) من قانون العقوبات الأردني «تستفيد من عذر مخفف ، المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٣٢٢ و ٣٢٣) للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثالثة» .

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ . وانظر أيضاً الدكتور عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٦ ، ص ٣٣٢ .

ويستفاد مما سبق أنه يشترط لاعتبار إسقاط الجنين عذراً مخففاً أن تتوافر مجموعة من الشروط : أولها، أن يكون الحمل ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة كالاغتصاب أو الزنى . وثانيها، أن يكون الفاعل هو المرأة الحامل نفسها، أو شخص تعتبر المرأة الحامل إحدى قريباته حتى الدرجة الثالثة . وثالثها، أن يكون الباعث على إسقاط الجنين المحافظة على الشرف[1] وعليه يتوجب لاعتبار إسقاط الجنين عذراً مخففاً[2] أن تتوافر جميع الشروط السابقة، وبذا يشكل الإسقاط جريمة إجهاض إذا تخلف أي شرط من الشروط السابقة .

ويستفيد من العذر المخفف أيضاً الشخص الذي ارتكب فعل الإسقاط إذا كانت المرأة الحامل إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثالثة . ويستوي لغاية الاستفادة من العذر المخفف أن يكون الشخص الفاعل ذكراً أو أنثى ؛ إذ ليس من حكمة تستدعي التمييز بينهما[3] .

---

(١) انظر الدكتور كامل السعيد، شرح قانون العقوبات الخاص الجرائم الواقعة على الإنسان ، عمان، ١٩٨٨، ص٢٧٠ .

(٢) تنص المادة (٩٧) من قانون العقوبات الأردني «عندما ينص القانون على عذر مخفف : إذا كان الفعل جناية توجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حولت العقوبة إلى الحبس سنة على الأقل ٢) وإذا كان الفعل يؤلف إحدى الجنايات الأخرى كان الحبس من ستة اشهر إلى سنتين ٣) وإذا كان الفعل جنحة فلا تتجاوز العقوبة الحبس ستة أشهر أو الغرامة خمسة وعشرين ديناراً» .

(٣) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٧٠ .

وإذا كانت الاعتبارات الاجتماعية والطابع القبلي والعشائري التي تسود المجتمع الأردني بقوة هي التي حملت المشرع على اعتبار إسقاط الجنين لأسباب أخلاقية عذراً مخففاً، فلا يستفيد من هذا العذر إلا من تعلق به فقط . وعليه لا يستفيد منه أي شخص ساهم مع المرأة الحامل أو من تربطه بها الصلة التي عينها القانون . ومرد هذا أن للعذر المخفف طابعاً شخصياً يؤثر في صاحبه فقط دون غير . من سائر المساهمين الآخرين[1] .

المبحث الرابع
ماهية الجنين

فإذا كانت تشريعات الدول العربية والإسلامية تعتبر الإجهاض جريمة جزائية يعاقب عليها القانون، فان التساؤل المهم الذي يبرز في هذا المقام يتمثل في تحديد ماهية الجنين المعتدى عليه .

فيقصد بالجنين الجنين المستكن في رحم أمه[2] . لذا يتمثل محل جريمة الإجهاض في الاعتداء على هذا الجنين المستكن في رحم الأم التي تعرف بالمرأة الحامل . كما يطلق على هذه العملية بالحمل للدلالة على فترة زمنية معينة تبدأ بتاريخ معين وتنتهي

(١) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٧١ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٧٨ ص ٣٠١ . ولمزيد من التفاصيل في تعريف الجنين لغوياً وشرعياً وطبياً ، انظر الدكتور محمد سلام مدكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩ ، ص ٣١-٣٥ .

بتاريخ أخر .

وتتميز حياة الجنين بخاصيتين أساسيتين تقتضي افراد أحكام قانونية خاصة لها . فتتميز أولاً بأنها احتمالية ومستقبلية، فقد لا تستمر هذه الحياة حتى نهايتها الطبيعية (ولادة المولود حياً)، فقد تجهض المرأة لأسباب بيولوجية وفسيولوجية خاصة بالرحم، أي بسبب وجود مشاكل عضوية خاصة برحم المرأة وعدم مقدرته على الاحتفاظ بالجنين حتى النهاية . كما قد تجهض المرأة الحامل لاختلاف الخصائص البيولوجية والفسيولوجية للزوجين (المرأة والرجل) كالتباين في فصيلة دم الزوجين . هكذا تتميز حياة الجنين واستمرار الحمل حتى نهايته بالاحتمالية؛ إذ ليس من المؤكد علمياً وطبياً أن تستمر حياة الجنين حتى النهاية . كما تتميز حياة الجنين ثانياً بالتبعية للأم وعدم الاستقلال عنها؛ إذ يستمد منها غذائه وحياته، ويرتبط معها في الغالب الأعم وجوداً وعدماً، فغالباً ما تؤدي وفاة الأم الحامل إلى وفاة جنينها تلقائياً . لهذا كان قطع الصلة التي تربط بين الجنين وأمه من أهم صور الإجهاض[1] .

المطلب الأول
بدء حياة الجنين

تحتل مسألة تحديد بداية حياة الجنين أهمية قصوى، إذ منذ تلك اللحظة يمكننا الكلام عن جريمة إجهاض . لهذا تباين موقف القانون عن الشرع .

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٢٠٣ .

فيجمع الفقه الجنائي أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب، أي منذ تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فمنذ اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين [1] حتى قبل تشكل الجنين أو يدب فيه النبض والحركة[2] وهكذا هجر الفقه الجنائي الحديث النظرية التقليدية التي كانت تفرق حسب عمر الجنين بين حمل لم تدب فيه الروح بعد وحمل دبت فيه وتقصر مجال الإجهاض على الحالة الثانية فقط[3]. هكذا يمكن القول بأن الجنين هو البويضة الملقحة [4]. وعليه تبدأ حياة الجنين منذ تلقيح البويضة، أي امتزاجها بالحيوان المنوي للرجل واختلاطهما معاً في خلية واحدة دون حاجة لمضي مدة معينة على عملية الإخصاب، أو أن يبلغ الجنين في الرحم درجة معينة من

(١) الدكتور نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢. ويقول الدكتور رؤوف عبيد «يجب أن تكون مباشرة وسيلة الإسقاط على امرأة حبلى في أي وقت من أوقات الحمل، ولو كان ذلك قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه النبض والحركة. وكان يقال قديماً أن الجنين لا يستحق الحماية قبل مضي مدة معينة ،أما الآن فهو يستحقها ولو كان بويضة ملقحة» المرجع السابق، ص٢٢٨. وانظر أيضا الدكتور حسن محمد ربيع ، المرجع السابق، ص٣٠. والدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٤٦. والدكتور محمد صبحي نجم. والدكتور عبد الرحمن توفيق، الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال على العقوبات الأردني، عمان، مطبعة التوفيق، ١٩٨٧، ص ١٢٨. ويقول الدكتور فتوح الشاذلي «والحمل يتحقق بتلقيح الحيوان المنوي للرجل لبويضة. فالحمل هو البيضة الملقحة» المرجع السابق، ٥٨٨ ويقول الدكتور عبد المهيمن بكر« الحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية»، المرجع السابق ه ص ٢١٥.

(٢) الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٣) الدكتور محمد نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٣. والدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص٢٢٤.

(٤) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

النمو، فالجنين يستحق الحماية ولو كان بويضة ملقحة في ساعاتها الأولى [1].

موقف الشريعة السلامية من بدء حياة الجنين:

تباين موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تحدد بدء حياة الجنين. فلقد قال سبحانه وتعالى في محكم كتابه العزيز ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر، فتبارك الله أحسن الخالقين﴾[2].

فإذا اتفق فقهاء الشريعة بجميع مذاهبهم الفقهية على أن إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه محرم شرعاً وجريمة، لا يحل للمسلم أن يفعلها لأنها جناية على حي، متكامل الخلق، ظاهر الحياة[3].

كما اتفقوا أيضاً على أن الروح تنفخ في الجنين بعد مائة وعشرين يوماً من بدء الحمل، فقد اختلفوا إزاء مسألة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه. وتجلى هذا الخلاف الفقهي على النحو الأتي:

ذهب جانب من الأحناف إلى أن إسقاط الحمل قبل أن يتخلق الجنين مباح ولو

---

(١) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٣٠.

(٢) الآيات (١١ و ١٢ و ١٣) من سورة المؤمنون.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص ٥٩١. وانظر أيضاً السيد سابق، فقه السنة، بيروت. الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، ص ٥٦٥.

بلا إذن الزوج [1]، وذلك لأن الجنين قبل نفخ الروح فيه يعتبر جماداً ولا حرمة لجماد، وبذا يعد فعلاً مباحاً إسقاط الجنين الذي لم يتخلق منه شيء، أي لم تنفخ فيه الروح. بينما يرى جانب من الأحناف أن إسقاط الجنين بدون عذر قبل مرور مائة وعشرين يوماً من بدء الحمل، أي قبل نفخ الروح فيه مكروه[2]، والفعل المكروه هو ما لا يطلب الشارع تركه على سبيل الجزم ولا على سبيل الالتزام.

وفي المقابل يرى الشافعية أن بداية التخلق هي الحد الفاصل بين حرمة إسقاط الجنين وإباحته. فالتخلق هو ما ظهر فيه صورة الأدمي: من يد أو إصبع[3] وعليه يسأل الجاني عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه، فإذا ألقت مضغة لم يتبين فيها شرح من خلقه فشهد ثقات بأنه مبدأ خلق آدمي لو بقي التصور[4]. وتتمثل بداية التخلق بعد اثنتين وأربعين ليلة من حدوث الإخصاب. وعليه لا يعد إسقاط الجنين قبل تخلقه حراماً، ويعد الإسقاط محرماً حراماً مطلقاً إذا مر على بدء الحمل أربعون يوماً سواء تحرك الجنين أم لا، وسواء نفخت فيه الروح أم لا.

---

(١) انظر الدكتور محمد سلام مدكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، القاهرة دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ١٠٣.

(٢) الدكتور محمد سلام مدكور، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٣) السيد سابق، المرجع السابق، ص ٥٦٥.

(٤) الدكتور عبدا لقادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت، مؤسسة الرسالة، ١٩٨٦، الجزء الثاني، ص٢٩٥.

وتذهب غالبية المالكية والحنابلة إلى أن إسقاط الجنين محرم ولو كان ذلك مع بداية الحمل، فلا يجوز برأيهم إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً(١)، إلا انهم تدرجوا في مدى الحرمة واعتبروا أنها تشتد وتزداد المعصية كلما تطور الحمل واقترب من التخلق الكامل وتصل الحرمة إلى أقصى درجاتها بعد نفخ الروح، أي مرور مائة وعشرين يوماً من بدء الحمل(٢).

ويُعد رأي الإمام الغزالي وهو من فقهاء الشافعية أقرب الآراء الفقهية للقانون الوضعي، فيرى أن إسقاط الجنين حرام منذ التقاء ماء الرجل بماء المرأة أي من بداية تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة وفي ذلك يقول « وليس هذا: منع الحمل- كالإجهاض والوأد لأن ذلك جناية على موجود حاصل وله مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء امرأة وتستعد لقبول الحياة و إفساد ذلك جناية، فإن صارت نطفة فعلقة، كانت الجناية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً، ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً»(٣).

موقف القضاء من بدء حياة الجنين:

استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب فقط، وبذا يعد الإسقاط مكوناً للركن المادي لجريمة الإجهاض حتى ولو وقع قبل أن يتشكل

(١) انظر الدكتور محمد سلام مذكور المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٢) انظر الدكتور محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي، المرجع ا لسابق، ص ١٩٥.

الجنين أو تدب فيه الحركة[1] . لهذا رفضت إباحة إسقاط الجنين الذي لم يتجاوز أربعة أشهر بحجة أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك، فقد قررت «أن إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الحمل الذي لم يتجاوز أربعة أشهر ليس أصلاً ثابتاً في أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم»[2] .

وبناء عليه يخرج عن نطاق التجريم جميع الأفعال التي تستهدف منع تلقيح البويضة وإخصابها، ويستوي في هذا الشأن أن تكون الوسائل المستعملة تستهدف منع دخول الحيوانات المنوية للرجل إلى رحم المرأة أو ترمي إلى منع وصولها إلى البويضة أو الحيلولة دون تلقيحها لأي سبب من الأسباب [3] .

المطلب الثاني
تحديد نهاية فترة الحمل

يتعين لتكييف الفعل الذي أتاه الفاعل جريمة إجهاض تحديد نهاية الحمل . لهذا يرى الفقه الغالب أن فترة الحمل تنتهي ببدء عملية الولادة وبذا يُعد فعل الاعتداء على الجنين بعد بدء عملية الولادة جريمة قتل وليس إجهاض . فتبدأ عملية الولادة حينما

(١) نقض مصري ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٠، س ٢١ رقم ٣٠٢، ص١٢٥٠ . مشار له في مرجع الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٣ .

(٢) نقض مصري، ٢٣/ ١١/ ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠، رقم ١٩٥، ص ٩٥٢ مشار له في مؤلف الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٣ .

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق ، ص ٣٠٢ .

تبدأ المرأة الحامل تشعر بالآلام التي تنجم عن تقلصات عضلات الرحم، وهي التقلصات التي تستهدف قذف الجنين إلى العالم الخارجي[1]. ولكن جانب آخر من الفقه الجنائي تردد في تحديد مرحلة نهاية الحمل. فبعد أن عرف الدكتور محمد الفاضل الإجهاض بأنه إسقاط البويضة الملقحة من لحظة التلقيح إلى اللحظة التي تتم فيها الولادة الطبيعية، عاد وفرق بين الإجهاض وقتل الوليد، فالإجهاض بنظره هو إسقاط الجنين و إخراج لما في الرحم قبل الأوان، وقتل الوليد يفترض أن الطفل ولد ولادة طبيعية، ثم قتل ومات، إما أثناء عملية الولادة نفسها، وإما عقب الولادة مباشرة[2]. وهكذا يتبنى الدكتور محمد الفاضل الرأي الغالب في الفقه الجنائي الذي يرى بأن فترة الحمل تنتهي مع بدء عملية الولادة وليس بانتهائها.

وبناءً عليه يرى أنصار هذا الرأي بأن جريمة الاجهاض تنتهي من الناحية الزمانية ببدء عملية الولادة، فلا اجهاض بعد بداية عملية الولادة ولو كانت لم تنته بعد[3]. لهذا يخرج برأيهم عن نطاق جريمة الاجهاض جميع الأفعال التي ترتكب بعد بداية عملية الولادة، ولو كان ذلك أثناءها، وتمس حياة المولود أو سلامة جسمه، وإنما تعد

---

(١) الدكتور محمود نحيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٢. وانظر أيضا الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمد الفاضل، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣٠٢.

قتلاً أو جرحاً، إذ قد صارت له حياة عادية[1] . ونحن لا نتفق مع الرأي السابق الذى قصر فترة الحمل على بدء عملية الولادة فقط؛ إذ أن هذه الفترة تستمر حتى تنتهي عملية الولادة كاملة . وعلة ذلك أن فترة الولادة تختلف من حالة إلى أخرى، وبذا تختلف وتتباين من امرأة إلى أخرى . كما أن حياة الجنين طوال هذه الفترة الزمنية (فترة الولادة) غير مستقلة عن الأم ، فلا يزال الجنين في هذه الفترة الزمنية مرتبطاً بأمه وتابعاً لها . لهذا لا يمكن القول بأن الحياة الذاتية المستقلة للجنين تبدأ ببدء مرحلة الولادة بل تبدأ بانتهائها .

المطلب الثالث
تحديد الرحم

للرحم مدلولان مختلفان أحدهما ضيق وثانيهما واسع . فيقصد بالرحم وفق المدلول الضيق رحم الأم الحامل، أي الرحم الطبيعي للمرأة وفق تكوينها البيولوجي والفسيولوجي . ويقصد به وفق المدلول الواسع المكان الذي يتكون فيه الجنين وينمو نمواً طبيعياً .

فيتبنى جانب الفقه الجنائي المدلول الضيق للرحم، فيعرف الجنين بأنه الجنين المستكن في رحم أمه[2] . ولكن جانباً آخر يتبنى المدلول الواسع، فيعرف الإسقاط (الإجهاض) بأنه استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٣ .

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣٠٠ .

الولادة، إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة[1].

ونحن من جانبنا نرى بأن المدلول الواسع للرحم هو الواجب الاتباع، فليس المقصود بالرحم في الوقت الحاضر، وقت الاكتشافات والاختراعات العلمية المتسارعة، رحم الأم فقط، فليس هو المكان الوحيد الذي يتكون الجنين فيه وينمو نمواً طبيعياً، فقد أمكن للعلم اكتشاف أماكن أخرى جديدة لتكوين الجنين عن طريق إخصاب البويضة من الحيوان المنوي، أي تلقيح البويضة فيها.

وبناء عليه يشمل اصطلاح الرحم بالإضافة إلى رحم الأم باعتباره المكان الطبيعي لتشكل الجنين، الأنابيب التي يمكن للعلماء فيها تلقيح البويضة الأنثوية من الحيوان المنوي للرجل، ففي هذه الأنابيب (أطفال الأنابيب) يمكن للأطباء أن يلقحوا البويضة من الحيوان المنوي، وفيها تتم عملية التلقيح والإخصاب قبل نقلها نهائياً إلى رحم الأم. لهذا نرى بأن جريمة الإجهاض تتحقق في حالة الاعتداء على الجنين في هذه الأنابيب قبل عملية النقل إلى رحم الأم. هكذا تمتد مرحلة الحمل من تاريخ تلقيح البويضة وإخصابها من الحيوان المنوي وحتى انتهاء عملية الولادة أياً كان المكان الذي يتكون وينمو فيه الجنين.

ولكن التساؤل المهم الذي يبرز في هذا المقام يتمثل في تحديد التكييف القانوني لما

(١) الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص٢٢٦.

يسمى بالخداج، فهل تعد هذه المرحلة امتداداً طبيعياً للحمل واستمراراً له أم مرحلة جديدة بحيث يعتبر الاعتداء على حياة الجنين فيها جريمة قتل؟

تذهب غالبية الفقه الجنائي إلى أن مرحلة الخداج مرحلة مستقلة ومنفصلة عن مرحلة الحمل، وبذا يعتبر الاعتداء على حياة الجنين جريمة قتل وليس جريمة إجهاض باعتباره إنسانا كاملاً تتوافر جميع العناصر اللازمة للحياة استقلالاً عن أمه. ولكننا نرى ضرورة التفريق بين فرضيتين مختلفتين:

الفرضية الأولى: أن يكون وضع الجنين في الخداج ضرورياً لاكتمال نموه الطبيعي، بحيث لا يمكن من الناحية الطبية البحتة أن يحيى الجنين بدون وضعه في ذلك المكان المعد لذلك (الخداج). وذلك حينما يخرج الجنين طبياً أو طبيعياً من رحم أمه قبل الأوان ويوضع في الخداج لاستمرار مراحل تكوينه حتى نهايتها. وعليه تعد الخداج في هذه الفرضية امتداداً اصطناعياً لرحم الأم ومكملاً له.

وعلة ذلك أن الجنين لا يستطيع في هذه المرحلة ا أن يستقل في حياته، فلئن استقل الجنين عن أمه عضوياً، فهو غير مستقل في حياة ذاتية خاصة، فهو بحاجة لمصدر خارجي يستمد منه حياته. كما أنه ليس المقصود بالرحم كما رأينا سابقاً رحم المرأة من الناحية العضوية، بل هو المكان الذي يتكون الجنين وينمو فيه نمواً عادياً وطبيعياً. لهذا نرى بأن الاعتداء على الجنين في هذه الحالة يشكل جريمة إجهاض وليس جريمة قتل.

الفرضية الثانية : أن يكون وضع الجنين في الخداج ضرورياً لاكتمال نموه، لكن بإمكانه من الناحية الطبية أن يحيى بدونها حتى لو ترك ذلك آثاراً سلبية على صحته المستقبلية. فيعد الاعتداء عليه حين وضعه في الخداج جريمة قتل وليس إجهاض. وآية ذلك أنه أصبح للجنين في هذه الحالة حياته المستقلة الخاصة به استقلالاً عن أي مصدر خارجي.

المبحث الخامس
أركان جريمة الإجهاض

تقوم جريمة الإجهاض كغيرها على ثلاثة أركان أساسية هي الركن القانوني والركن المادي والركن المعنوي، وبذا لا تقوم هذه الجريمة إلا بتوافر أركانها مجتمعة. لهذا نعرض في هذا المبحث للركنين المادي والمعنوي خصوصاً أننا بحثنا في المباحث السابقة الركن الشرعي. وعليه نكتفي بما قلناه آنفاً.

المطلب الأول
الركن المادي في جريمة الإجهاض

يتمثل الركن المادي في جريمة الإجهاض في ثلاثة عناصر أساسية، هي فعل الإسقاط والنتيجة الجرمية، وعلاقة السببية بينهما. هكذا يقوم الركن المادي لجريمة الإجهاض بتوافر هذه العناصر الثلاثة، وبتوافرها يتحقق الفعل الذي يحقق الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون.

العنصر الأول، فعل الإسقاط:

يقصد بفعل الإسقاط ذلك السلوك الإيجابي أو السلبي الذي يأتيه الجاني ويكون من شأنه إحداث النتيجة الجرمية. وعليه يتمثل فعل الإسقاط في نشاط مادي إرادي وخارجي يصدر عن الجاني[1]. ويستوي لغايات توافر العنصر الأول من عناصر الركن المادي أن يكون السلوك الجرمي إيجابياً أو سلبياً.

ويتحقق السلوك الجرمي الإيجابي إذا أتى الجاني سلوكاً إيجابياً، أي إذا قام بعمل مادي خارجي بصرف النظر عن الشكل الذي يتجسد فيه هذا السلوك الإيجابي[2]. كما لا يهم الوسيلة التي يستخدمها الجاني لتحقيق النتيجة للجريمة التي يتوخاها. فيستوي أن تكون الوسيلة المستخدمة مادة كيميائية كتناول أدوية وعقاقير طبية من شأنها قتل الجنين في الرحم أو تحفيز عضلات الرحم على التقلص لقذف الجنين و إخراجه مبكراً قبل الأوان أو وسيلة غير طبية كاستعمال العنف والضرب وممارسة ألعاب الرياضية العنيفة التي يكون من شأنها إخراج الجنين من الرحم مبكراً وقبل الأوان. هكذا لا يهم نوع الوسيلة التي يلجأ إليها الجاني وطبيعتها، بل المهم أن يكون من شأن استخدامها قتل الجنين أو إخراجه من الرحم قبل الأوان.

ويرى جانب من الفقه الجنائي أن السلوك الإجرامي الإيجابي قد يكون معنوياً،

(١) الدكتور حسمن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ١٩٩٥.

(٢) انظر الدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق، ص٣١٠. والدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

أي يكون بالقول لا بالفعل. يقول الدكتور كامل السعيد: « لا شك لدينا بأن الأقوال والأفعال المعنوية يمكن أن تتحقق بها هذه الجريمة. فترويع الحامل وتخويفها أو تهديدها بالقتل أو الضرب أو الصراخ فجأة في وجهها أو تفجير قنبلة صوتية شديدة الانفجار على مقربة منها، مما يقوم بها الإجهاض جميعاً.

و إذا كان من العسير تصور وقوع هذه الجريمة بالسلوك السلبي أو ما يطلق الامتناع إلا أنه ليس ثمة ما يمنع أن تقع الجريمة به، فتجويع الحامل أو صيامها أو شم ريح ضار بها مسالك سلبية يقع الإجهاض بها»[1].

وإذا كنا نتفق مع هذا الجانب الفقهي في أنه لا يشترط أن يكون السلوك الإجرامي دوماً مادياً، بل يمكن أن يكون معنوياً ما دام أن المشرع الأردني لم يحدد وسيلة معينة. فالتعبيرات التي استعملها المشرع الأردني واسعة وفضفاضة تشمل الوسائل المادية والمعنوية معاً، فقد وردت التعبيرات التالية في المادة ٣٢١ من قانون العقوبات «بما استعملته من الوسائل أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل»، وجاءت التعبيرات التالية في المادة ٣٢٢ من القانون نفسه«بأية وسيلة كانت». ولكننا نختلف معه في أن بعض الوسائل المعنوية التي ذكرها هي وسائل مادية كالصراخ فجأة في وجه المرأة الحامل أو تفجير قنبلة صوتية شديدة الانفجار على مقربة منها، والبعض الأخر هو سلوك سلبي كصيام المرأة الحامل.

---

(١) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص٢٥٢.

وقد يكون السلوك الإجرامي المكون للعنصر الأول في الركن المادي سلبياً كامتناع الحامل عن الحيلولة دون إتيان الغير فعل الإجهاض على جسمها[1] أو امتناعها عن تناول الطعام والشراب لمدد طويلة أو امتناعها عن تناول بعض الأدوية والعقاقير إذا كان حملها يقتضي طبياً تناولها .

ولا يهم لغايات توافر هذا العنصر من عناصر الركن المادي نوع الوسيلة المستخدمة في إسقاط الجنين وطبيعتها . كما لا يهم أن يتم ذلك من المرأة الحامل نفسها أو من غيرها وسواء تم برضائها أو رغماً عنها أو بطلب منها . ولكن أهمية اختلاف الوسيلة المستخدمة في إسقاط الجنين تتجلى في بعض الدول في اختلاف التكييف القانوني للجريمة الجزائية، وبذا يختلف التكييف من جنحة إلى جناية، وتختلف العقوبة الجزائية المقررة[2] . ولكن الوسيلة المستعملة ضرورية وأساسية لتمييز الاجهاض المعاقب عليه قانوناً عن الاسقاط التلقائي الذي يتحقق بسبب طبيعي أو مجهود عنيف، وعن الولادة المبكرة التي تؤدي إلى خروج الجنين قبل الموعد الطبيعي

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١١ . والدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص٥٩١ .

(٢) انظر الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص٥١ . والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٠ . وينتقد الدكتور رؤوف عبيد اختلاف تكييف الجريمة تبعاً للوسيلة المستخدمة، فيقول "وتكييف الجريمة تبعاً للوسيلة المستعملة أمر غريب على قانوننا ، ومصدره القانون العثماني، حيث أن مصدر المادة (٢٦١) ومابعدها القانون الفرنسي، وليس لهذه التفرقة من سند واضح من العدالة" ، المرجع السابق، ص٢٢٧ .

دون استعمال أي وسيلة صناعية[1].

العنصر الثاني: النتيجة الجرمية:

تعد النتيجة الإجرامية الأمر الذي يترتب على السلوك الإجرامي سواء كان هذا السلوك إيجابياً أو سلبياً. وعليه يرى الفقه الجنائي أن النتيجة الجرمية لفعل الإسقاط باعتبار. العنصر الأول من عناصر الركن المالي تتمثل في موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته[2]. هكذا تتخذ النتيجة الجرمية إحدى الصور التالية: أولها، موت الجنين في الرحم، فتعد هذه الصورة للنتيجة الجرمية أكثر صور النتيجة الجرمية شيوعاً، فتتجلى هذه الصورة في انفصال الجنين عن رحم الأم

---

(١) الدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص٥٩٠. وانظر أيضاً الدكتور عبدالمهيمن بكر، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٢. ويقول الدكتور حسن محمد ربيع "تتمثل النتيجة الإجرامية في إنهاء حالة الجهل قبل الأوان، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه منه وطرده و لو حيا قبل موعد ولادته الطبيعي، أي أن المهم هو إنهاء تطور الحمل ونموه الطبيعي في الرحم قبل الموعدالطبيعي لولادته حتى نكون بصدد إجهاض، ولا يهم بعد ذلك أن يبقى الحمل ميتاً فترة من الزمن في رحم الأم، ثم يتم إخراجه بعد ذلك، أو يبقى فيه إلى الأبد لوفاة موطنه الطبيعي معه أي "الأم"، أو أن يخرج من الرحم أو ميتاً المرجع السابق، ص ٥٧. ويقول الدكتور كامل السعيد، تتمثل النتيجة الجرمية ص قفا لما هو مألوف وشائع- في إسقاط الحامل، أن طرد الحمل من رحم أمه قبل أن يكتمل نموه الطبيعي ويحين موعد ولادته. فكل ولادة تبتسر عمداً تهدد حياة الجنين، المرجع السابق، ص ٢٥٤. ويقول الدكتور رؤوف عبيد " وتتم الجريمة طبقاً للراجح من الآراء حتى ولو نزل الجنين حياً ولكن كان نزوله غير طبيعي، أي قبل الميعاد المقرر للولادة، بسبب الوسيلة التي استعملت، إذ يعد إسقاط كل ما يترتب عليه المساس بالتطور الطبيعي للحمل نتيجة لوسيلة صناعية، أو تعريض حياته أو صحته للخطر =

وخروجه منه ميتاً قبل الموعد الطبيعي لولادته نتيجة لأفعال الاعتداء الواقعة عليه من الجاني والذي كان يقصد إجهاض الحمل[1]. هكذا يتحقق بموت الجنين الاعتداء على حقه في الحياة[2]. وثانيها، خروج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته[3]، وتتحقق هذه الصورة في انفصال الجنين عن الرحم وخروجه منه حياً وقابلاً للحياة نتيجة لأفعال الجاني التي قصد منها إنهاء حالة الحمل[4]. وعليه يتمثل الاعتداء في حق الجنين في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية، فللجنين حق النمو والتطور الطبيعي داخل الرحم فضلاً عن حقه في الولادة الطبيعية الأمر الذي تنعكس آثاره السيئة بالضرورة على حالته الصحية بعد أن يصبح إنسانا حياً. وثالثها، موت الجنين في الرحم دون خروجه منه، وتتحقق هذه الصورة عندما يتم تدمير الموطن الطبيعي للجنين والقضاء على ظروف البقاء والعيش فيه لمواصلة النمو والتطور الطبيعي

= بحسب الولادة قبل ميعادها"، المرجع السابق، ص ٢٢٨. وانظر أيضاً الدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص ٥٩١. ويقول الدكتور عبد المهيمن بكر: "فالإجهاض إذن من الجرائم المادية، وبالتالي فانه يقوم على نشاط يتمثل في أعمال وسيلة صناعية بحيث تؤدى إلى نتيجة معينة لا وجود لجريمة تاما بدونها، هي طرد متحصل الحمل قبل أوان ولادته الطبيعية سواء خرج ميتاً، أو كان حياً ولكنه غير قابل للحياة»، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(١) الدكتورحسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص٥٧.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق، ص٣١٢.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٢.

(٤) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٥٨.

للجنين[1]. فقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن، أن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان وتتوافر أركان الجريمة ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها، وليس في استعمال القانون لفظ الإسقاط ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة، ذلك أنه يستفاد من نصوص القانون أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة ولذلك استخدم لفظ الإسقاط، ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل[2].

ونحن نرى بأن النتيجة الجرمية في جريمة الإجهاض هي موت الجنين، فحق الجنين في الحياة هو الحق الذي قرر الشارع حمايته وصونه بمنع الاعتداء عليه من تجريم فعل الإجهاض[3]. وعلة ذلك أن المشرع عاقب المرأة التي تجهض نفسها. كما أن جريمة الإجهاض تفترض أن الجنين قبل إسقاطه كان حياً، وبذا لا يسأل الفاعل جزائياً عن جريمة إجهاض إذا كان الجنين ميتاً في الرحم قبل إتيانه للركن المادي للجريمة. وعليه لا نتفق مع الرأي القائل بأن النتيجة الجرمية هي أما موت الجنين وأما خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته. وآية ذلك أن الجاني لا يستهدف من نشاطه الإجرامي خروج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي فقط، بل يرمي من

(١) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص٥٨.

(٢) نقض مصري، ٢٧/ ١٢/ ١٩٧٠. مجموعة أحكام النقض، س٢١، ق٣٠٢، ص١٢٥٠ أشار إليه الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٥٨.

(٣) الدكتور حمد السعيدى، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

ذلك إخراجه وطرده من ميدان نموه الطبيعي، أي نزعه من الموطن الطبيعي الذي يكفل بقائه على قيد الحياة.

وبناء عليه يتحقق موت الجنين باعتباره النتيجة الجرمية في صورتين مختلفتين: أولهما، موته في الرحم نتيجة لأفعال الاعتداء التي وقعت عليه من الجاني. ويستوي بقاء الأم الحامل على قيد الحياة أو وفاتها. ولكن بقائها على قيد الحياة يستلزم إخراج الجنين الميت خارج الرحم لإنقاذ حياتها. وثانيهما، موت الجنين لإخراجه من الرحم قبل الأوان، إذ يؤدي إخراجه من موطنه الطبيعي قبل اكتمال نموه في بعض الأحيان إلى وفاته. وعليه لا تتحقق النتيجة الجرمية إذا بقي الجنين الذي أخرج من رحم أمه قبل الأوان على قيد الحياة فيعد ذلك تعجيلاً للولادة قبل أوانها أو شروع في الجريمة فقط[1].

العنصر الثالث: علاقة السببية:

يتعين لقيام الركن المادي للجريمة أن يتوافر عنصر ثالث وهو رابطة السببية[2]، أي أن يكون هناك علاقة سببية بين النشاط الإيجابي أو السلبي الذي أتاه الجاني وبين النتيجة الجرمية التي نجمت وترتبت عن هذا النشاط. فقد قضت محكمة التمييز

(١) الدكتور رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، ص٢٧٠. وانظر أيضاً الدكتور حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات الخاص. الإسكندرية. منشأة المعارف، ص٦٣٨.

(٢) الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٢٩. والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٢. والدكتور كامل الصعيد، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

الأردنية في هذا الشأن "نجد أن محكمة الموضوع بما لها من صلاحية في تقدير ووزن البينة عملاً بأحكام المادة (١٤٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية قنعت بأن إجهاض المشتكية لم يكن بفعل المميز ضدها اعتماداً على البينة الفنية المستمعة في هذه القضية وهي شهادة الطبيب النسائي. . الذي ذكر بشهادته أنه لدى معاينة المشتكية تبين أنها تعاني من نزيف بسبب الإجهاض الأمر الذي يستدعي إجراء عملية تنظيف لها وقد ذكر أيضاً أن المشتكية كانت حاملاً في الشهر الثاني أو الثالث ولم يجد آثاراً لشدة أو عنف على جميع أنحاء جسمها وقد استبعد أن يكون الإجهاض ناتج عن الضرب لأنه في حال تعرض الحامل في الأشهر الثلاثة إلى الضرب أو العنف من منطقة البطن والظهر فإن في ذلك لا يؤدي إلى الإجهاض إلا بنسبة قليلة لا تتجاوز (٣٪) أو (٤٪) كون الحمل يكون محمياً بعظام الحوض وذكر أيضاً أن (٦٠٪) من حالات الإجهاض التي تحصل في الثلاثة أشهر الأولى يكون سببها عدم النظام في الكروموسومات. وحيث أن البينات المقدمة في هذه القضية تبرر اقتناع المحكمة بالنتيجة التي توصلت أليها بعد أن تبين لها عدم توافر علاقة السببية بين فعل الضرب وإسقاط الحمل"[1]. هكذا فعدم توافر علاقة السببية بين فعل الضرب وإسقاط الحمل يبرر عدم مساءلة المشتكي عليها عن جرم الإجهاض وملاحقتها عن فعل الإيذاء[2].

(١) تمييز جزاء ١٧/١١/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٢٠٧٨

(٢) تمييز جزاء ١٧/١١/١٩٩٦ مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص٢٠٧٨

وتفريعاً عما سبق يتخلف تكامل عناصر الركن المادي لجريمة الإجهاض لتخلف علاقة السببية إذا لم يتسبب النشاط الجرمي في تحقيق النتيجة الإجرامية، وبذا لا يقوم الإجهاض المجرم ما لم تتسبب إنهاء حالة الحمل عن نشاط الجاني[1]. وعليه لا يتكامل توافر عناصر الركن المادي إذا انتفت علاقة السببية، وذلك حينما يرتكب شخص فعل الإسقاط بقصد الإسقاط فلا تحدث النتيجة الجرمية بتأثر هذا الفعل، ومع ذلك تجهض الحامل لإصابتها في حادث سيارة أو حريق، و غيره[2]. ولا يعدو أن يشكل الفعل في هذه الحالة شروعاً في إجهاض، وهو شروع غير معاقب عليه في التشريعات الجزائية كالتشريع المصري[3].

ولا تتميز علاقة السببية في جريمة الإجهاض بأي خصوصية، وبذا يخضع تقدير مدى توافرها وأثرها في تحقيق النتيجة الجرمية للقواعد العامة التي تحكم العلاقة السببية عموماً، فالقول بتوافرها وانتفائها من شأن قاضي الموضوع[4]، ولكن خلو حكم قاضي الموضوع- من بيان رابطة السببية بين الفعل والنتيجة باعتباره بيان جوهرياً ولازماً للقول بتوافر عناصر الركن المادي، جعل الحكم مشوباً بالقصور متعيناً

---

(١) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص ٢٥٦. والدكتور فتوح الشاذلي، المرجع السابق، ص ٥٩٢.

(٢) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني ، المرجع السابق، ص ٣١٢. والدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص٢٢٩.

(٤) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٢.

نقضه. ويعد الدفع بانتفاء رابطة السببية دفعاً جوهرياً، يجب في حالة رفضه أن ترد عليه المحكمة بما يفنده، وإلا كان حكمها قاصراً[1].

وننوه أخيراً إلى أنه في حالة تعدد الأسباب التي أدت إلى تحقيق النتيجة الجرمية تبنى المشرع الأردني نظرية تعادل الأسباب في حالتي القتل والإيذاء[2]. وعليه يسأل الفاعل عن جريمة الإجهاض مهما تداخلت عوامل بين فعله وبين النتيجة الجرمية، سواء أكانت سابقة أم معاصرة أم لاحقة، شاذة أم متوقعة، اللهم إلا إذا كان العامل الأجنبي مستقلاً وكافياً بحد ذاته لإحداث النتيجة الجرمية، وعندئذ يسأل الجاني عن القدر المتيقن في سلوكه وهو الشروع[3].

---

(١) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٢) تنص المادة (٣٤٥) من قانون العقوبات الأردني "إذا كان الموت أو الإيذاء المرتكبان عن قصد نتيجة أسباب متعددة جهلها الفاعل وكانت مستقلة عن فعله، أو لانضمام سبب منفصل عن فعله تماماً عوقب كما يأتي... الخ".

(٣) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق. ص ٢٥٧.

المطلب الثاني
الركن المعنوي

تعتبر جريمة الإجهاض جريمة قصدية[1]، فيعد القصد ركناً أساسياً فيها. وعليه يتعين لقيام الركن المعنوي وجود عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة فيجب أن يتوافر لدى الفاعل العلم بوقائع معينة وانصراف إرادته إلى النشاط الإجرامي والنتيجة الناجمة والمتولدة عنه[2]. وعليه لا تقوم جريمة الإجهاض لتخلف ركنها المعنوي إذا تخلف أي عنصر من عنصري القصد الجنائي العام.

وبناءً عليه يتعين لقيام الركن المعنوي لجريمة الإجهاض أن يكون الفاعل عالماً بأن المرأة التي اعتدى عليها حامل، وأن يتوافر لديه هذا العلم وقت إتيان النشاط الإجرامي وليس بعده. لهذا يتخلف عنصر العلم، ويتخلف الركن المعنوي إذا كان الفاعل جاهلاً بحمل المرأة التي اعتدى عليها أو علم بحملها بعد اقترافه لنشاطه الإجرامي. كما يتوجب أن يعلم الجاني أيضاً بأن النشاط الذي أتاه يحدث النتيجة الجرمية، وبذا تنتفي مسؤولية الفاعل عن جريمة الإجهاض إذا كان جاهلاً بالأثر الذي يؤديه النشاط الذي اقترف، فمن يعطي امرأة. حاملاً مادة معتقداً أنها لا تضر بالجنين، أو يعتقد أنها تساعد على نموه، لا يسأل عن إجهاض ولو أدى تناولها لهذه

---

(١) الدكتور عبد المهيمن بكر سالم، المرجع السابق، صح٢١٦.

(٢) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٥. والدكتور رؤوف عبيده المرجع السابق، ص ٢٢٩.

المادة إلى إجهاضها [١].

ويتعين لقيام الركن المعنوي لجريمة الإجهاض توافر العنصر الثاني في القصد الجنائي، أي توافر عنصر الإرادة، أي أن تنصرف إرادة الجاني إلى إتيان النشاط الإجرامي والنتيجة الناجمة والمتولدة عنه. فينتفي عنصر الإراد اللازم لقيام الركن المعنوي إذا لم تتجه إرادة الفاعل إلى إتيان النشاط الجرمي أو إذا لم تنصرف إرادته إلى تحقيق النتيجة الجرمية [٢].

ويتطلب جانب من الفقه الجنائي لقيام الركن المعنوي في جريمة الإجهاض أن يتوافر قصد خاص [٣]، أي أن يتوافر لدى الجاني الرغبة في تحقيق النتيجة التي يؤدي إليها النشاط الذي أتاه. وبعبارة أخرى أن يتوافر لدى الفاعل الرغبة في أن يحقق النشاط الإجرامي الذي أتاه النتيجة التي يرغب فيها ويتوخاها، وهي موت الجنين. وعليه يتخلف القصد الخاص لدى الشخص الذي يضرب امرأة حاملاً وهو يعلم بأن الضرب قد يؤثر على حملها ولكنه لا يرغب في تحقيق النتيجة الجرمية [٤]. ولكن غالبية الفقه الجنائي لا تؤيد هذا الرأي، ويكتفون لقيام الركن المعنوي بتوافر القصد

---

(١) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٢) انظر الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٣) يقول الدكتور رؤوف عبيد "كما يتطلب كذلك قصداً خاصاً، هو نية تحقيق نتيجة معينا بذاتها، وهي طرد الجنين قبل الميعاد"، المرجع السابق، ص ٢٩٩ و٢٣٠.

(٤) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٨٧.

العام فقط [1].

ويجمع الفقه الجنائي أيضاً على أنه لا تأثير لنوع الباعث في وجود القصد الجنائي، فيستوي أن يتم الإجهاض بدافع الانتقام من المرأة الحامل أو من غيرها أو بدافع مساعدتها على التخلص من حمل لا ترغب فيه. كما يستوي لغايات وجود القصد الجنائي أيضاً أن يتم الإجهاض برضاء المرأة الحامل وبطلب منها أو رغماً عنها وبغير علم منها [2]. ولكن لنوع الباعث تأثيراً واضحاً على ممارسة القاضي الجنائي لصلاحيته التقديرية حين اختيار نوع عقوبة الإجهاض ومداها. كما تعد نوع الباعث في بعض التشريعات كالتشريع الأردني عذراً مخففاً إذا توافرت بعض الشروط التي حددتها المادة ٣٢٤ من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

ويرى جانب من الفقه الجنائي بكفاية القصد الاحتمالي لقيام الركن المعنوي اللازم لقيام جريمة الإجهاض [3]، فيقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى الفعل مع توقع النتيجة كأثر للعلة يحتمل في تقديره أن تحدثا و لا تحدث، ولكنه يقبل احتمال تحققها

(١) انظر الدكتور كامل السعيد. المرجع السابق، ص ٢٥٩. والدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق. ص ٨٨ والدكتورة فوزية عبد الستار، قانون العقوبات الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٤٩٨.

(٢) الدكتور رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص ٢٣٠. والدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، مثله. والدكتور كامل الصعيدي المرجع السابق، ص ٢٥٩.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص٣١٧.

في سبيل تحقق النتيجة التي يستهدفها بفعله[1]. ويأخذ أنصار هذا الرأي على أنصار الرأي المعارض انه يخلط بين النتيجة الاحتمالية والقصد الاحتمالي[2]. وعليه تسأل المرأة الحامل لتوافر القصد الاحتمالي لديها إذا ما توقعت حين مزاولتها الرقص على الحبال إمكان إجهاضها، فلم يثنها ذلك عن المضي قدماً في ممارسة تلك الرياضة مرحبا بهذه النتيجة لعدم رغبتها كل الحمل في هذا السن المبكرة من سني عمرها[3].

وننوه أخيراً إلى أن مدى توافر القصد الجنائي من عدمه يدخل ضمن اختصاصات محكمة الموضوع وهي تستخلصه من وقائع الدعوى وقرائنها ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دام أن استخلاصها لذلك هو استخلاص سائغ تؤيده ظروف الدعوى ووقائعها[4].

---

(١) الدكتور حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٢) يقول الدكتور حسن محمد ربيع: "النتيجة الاحتمالية هي عبارة عن تلك النتيجة غير المقصودة التي يلقي القانون تبعتها على الجاني سواء توقعها أو لم يتوقعها، لما استبانه من خطورتها وتوقع حصولها وفقاً للمجرى العادي للأمور، فكان يجب على الفاعل توقعها قبل أن يباشر فعلته، والعقاب على هذه النتيجة الاحتمالية استثناء من القواعد العامة، ولا تقرر إلا بنص، ومن ثم فلا يصح القياس عليها، وحقيقة لا وجود لهذا النص الخاص في جرائم الإجهاض في القانون المصري، أما القصد الاحتمالي، لهوقصد جنائي تنصرف فيه إرادة الجاني إلى نتيجة غير مرغوبة ولكنها مقبولة لديه، ولا يصح القول بأن الشارع المصري لا يأخذ به في جرائم الإجهاض"، المرجع السابق، ص ٩١و ٩٢.

(٣) الدكتور كامل السعيد، المرجع السابق، ص٢٦٠. والدكتور محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٤) تمييز جزاء ٢٧/ ٣/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص٣٩٩.

خاتمة:

يتضح من دراستنا السابقة أن حق الزوجين في الإنجاب حق مقدس حرصت الإعلانات والمواثيق الدولية على صونه وضمانه باعتباره امتداداً طبيعياً لحقي الزواج والحياة معاً. ولكن ممارسة هذا الحق الطبيعي يقابله حق المجتمع ككل في إنجاب أطفال أصحاء، فليس من مصلحة المجتمع في شيء ترك الأزواج يمارسون حقهم في إنجاب الأطفال كيفما يشاءون. لهذا فرضت العديد من الدول الفحص الطبي قبل الزواج للتأكد من خلو الزوجين من الأمراض الوراثية التي تؤثر قطعاً على أجيال المستقبل. كما حظرت تشريعات دول أخرى زواج الأقارب كلية بهدف منع استقرار الأمراض الوراثية و استمراريتها ضمن نطاق العائلة الواحدة.

واتفقت القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية على تنظيم النسل، فقد أقر فقهاء الشرع بتنظيم النسل قياساً على ما كان متبعاً زمن الرسول عليه الصلاة والسلام من اتباع طريقة العزل.

لهذا يمكن اعتبار الوسائل الحديثة لمنع الحمل وسائل مشروعة ما دام أن اتباعها يتم باتفاق الزوجين ولا يلحق ضرراً بالزوجة ولا يؤدي إلى قتل البويضة الملقحة. كما اتفقت القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية بشان التلقيح الصناعي، فيجب لمشروعية هذا الأسلوب أن يكون مصدر الحيوان المنوي والبويضة هو الزوجان.

وإذا كانت القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية تبيح استعمال الوقائية لمنع حدوث الحمل، فإن ممارسة هذا الحق ليس مطلقاً، بل انه مقيد بحق الجنين في الحياة. وعليه حظرت تشريعات الدول الإسلامية الإجهاض، فتعد بنظرها جريمة جزمية يعاقب عليها قانون العقوبات حتى لو كان مرتكب الفعل هو المرأة الحامل نفسها. ولا شك أن هذا التجريم يستهدف ضمان حق الجنين في الحياة محققه في الحياة يعلو ويسمو على أي اعتبارات أخرى. ولكن تجريم الإجهاض لا يعني إطلاقا أنه فعلاً مجرماً في جميع الحالات، فقد أجازت التشريعات الإجهاض لأسباب طبية شريطة توافر مجموعة من الشروط التي عينتها صراحة أو لاعتبارات الضرورة فقط. لكن البعض منها كالتشريع الأردني اعتبر الإجهاض لاعتبارات أخلاقية عذراً مخففاً إذا وقع من المرأة حفاظاً على شرفها أو وقع من شخص حفاظا على شرف إحدى فروعه أو قريبات حتى الدرجة الثالثة. ولا شك أن هذا التخفيف ينسجم مع قوة الروابط العشائرية والاجتماعية.

وفي المقابل لجأت بعض التشريعات إلى تشديد عقوبة الإجهاض، كالإجهاض المفضي إلى موت المرأة الحامل أو الإجهاض الذي يرتكبه الغير ذي الصفة الخاصة.

بيع رباع مكة وإجارتها
في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور/ عبدالحفيظ رواس قلعةجي *

---

* حائز على شهادة الدكتوراة من الأزهر عام ١٩٧٢م، عمل رئيساً لمركز البحوث بجامعة الإمام محمد بن سعود فرع أبها سابقاً ومن ثم استاذاً بقسم الدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بالجزائر ووضع معلمة القواعد الفهقية بتكليف من المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

ملخص البحث

يركز البحث على عدم جواز استغلال الحجاج والمعتمرين برفع أجور الدور والفنادق في مكة أيام مواسم الحج والعمرة وأن التسعير واجب كما جاء على لسان ابن تيمية رحمه الله تعالى. كما أن الجدال مرفوض حول فتح مكة عنوة أم صلحاً كونها ليست من المسائل الاجتهادية والمؤكد فيها الرجوع إلى ثقات المؤرخين.

وقد اختلف الفقهاء في بيع رباع مكة وحكم إجارتها على خمسة أقوال مدارها الحل والحرمة والكراهية من باب السياسة لا التشريع.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأكمل التسليم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، سبحانك لاعلم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم .

مخطط موضوع إجارة دور مكة ورباعها:

تمهيد: أهمية مكة وأنها مثوى أفئدة الملايين من الناس كما قال تعالى على لسان إبراهيم عليه السلام ﴿ربنا إني أسكنت من ذريتي بوادٍ غيرِ ذى زرع عند بيتك المحرم . .﴾ . حاجة الناس للسكن فيها .

وإذا قلنا بجواز إجارة دور مكة فإنه لايجوز الاحتكار خصوصاً أيام المواسم .

رأى ابن تيمية في التسعير بالنسبة للإجارة .

منشأ الخلاف : وهي أن رباع مكة ملك لأربابها أم للناس؟

وللخلاف سببان : أحدهما أن مكة فتحت عنوة فتكون مغنومة كما قال مالك وأبو حنيفة أم صلحاً فتبقى ديارهم في أيديهم؟ الخلاف في ذلك :

رأى الإمام القرافي أنه لايجوز الاعتماد على قول الأئمة في ذلك لأن هذه وقائع وليست أحكاماً شرعية والاعتماد في ذلك على ثقات الأخبار .

حكم بيع ربا ع مكة وإجارتها:

١- المنع وهو بالنسبة للأرض خاصة وهو مذهب أبي حنيفة -الأدلة.

٢- المنع مطلقاً وهو رواية عن مالك وأحمد بن حنبل - الأدلة.

٣- الجواز وهو مذهب الشافعية والظاهرية - والصاحبين من الحنفية.

ورواية عن أبي حنيفة والمالكية والحنابلة - الأدلة. ذكر المناظرة التي جرت بين الشافعي وإسحاق بن راهويه.

٤- الكراهة مطلقاً وهو قول مالك لتعارض الأدلة.

٥- الكراهة في الموسم وهو قول أبي حنيفة ومالك.

تحديد محل النزاع:

إنما هو في الدور التي ورثت في الجاهلية أما إذا انهدمت تلك الأبنية وبنى أهل الإسلام دوراً غيرها فإنها لاتكون وقفاً إجماعاً، نقل القرافي في ذلك.

الخاتمة: تلخيص البحث وذكر أهم النتائج.

والحمد لله رب العالمين،،

حكم بيع وإجارة دور مكة ورباعها:[1]

تمهيد:

جعل الله سبحانه وتعالى البيت الحرام وما حوله من مكة المكرمة حرماً آمناً كما قال الله تعالى ﴿ أولم نُمَكِّن لهم حَرماً آمناً يُجبي إليه ثمراتُ كل شيء﴾[2]، وقال تعالى ﴿ أو لم يروا أنا جعلنا حَرماً آمناً ويُتخطف الناس من حولهم﴾[3].

فهي مهوى أفئدة المسلمين من جميع بقاع العالم، وهي دعوة أبينا إبراهيم على نبينا وعليه الصلاة والسلام حيث دعا ربه فقال: ﴿ربنا إني أسكنت من ذريتي بوادٍ غير ذي زرع عند بيتك المحرم ربنا ليقيموا الصلاة فاجعل أفئدةً من الناس تهوي إليهم وارزقهم من الثمرات لعلهم يشكرون﴾[4].

فلذا ترى مكة المكرمة -حرسها الله- عامرةً بزوارها من جميع بقاع العالم طيلة العام وتزداد كثافة المقبلين عليها أيام المواسم خاصة أيام الحج وشهر رمضان المبارك وكل هؤلاء يحتاجون إلى مطعم ومسكن وبالطبع ينبغي أن يرتفع ثمن الطعام وأجور البيوت أما الطعام فلا نجد أثراً لارتفاع أسعاره بل هو متوفر أغزر مايكون بفضل الله

---

(١) الدور والديار هي المنازل المسكونة والمحال، والرباع جمع ربع وهي المنزل ودور الإقامة وربع القوم محلهم(نهاية).

(٢) القصص آية ٥٧ .

(٣) العنكبوت آية (٦٧).

(٤) إبراهيم آية (٣٧).

ثم بفضل سهر الحكومة السعودية ورعايتها للحجاج والمعتمرين جزاها الله عن الحجاج والمعتمرين كل خير .

أما السكن فلا تزال المشكلة قائمة ، فلذا نرى ارتفاع السكن في شهر رمضان المبارك وفي الحج أضعاف ما عليه في الأيام العادية . وإذا قلنا بجواز إجارة رباع مكة وهو الراجح من أقوال العلماء كما سنرى فإننا نرى أن تتدخل الحكومة لوضع حد لهذا الغلاء في السكن كما أمنت الغذاء بشكل وافر دون أي ارتفاع في السعر ، وهذا من التسعير الواجب ، وهو ما أشار إليه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله حيث قال : " فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجباً يجبرهم ولي الأمر إذا امتنعوا عنه بعوض المثل ولايمكنهم مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولايمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم كما إذا احتاج الجند المرصدون للجهاد إلى فلاحة أرضهم ألزم من صناعته الفلاحة بأن يصنعها لهم ، فإن الجند يلزمون بأن لا يظلموا الفلاح كما ألزم الفلاح أن يفلح للجند "[(1)] .

ويقول في موطن آخر " والمقصود هنا أن وليّ الأمر إن أجبر أهل الصناعات على ما تحتاج إليه الناس من صناعاتهم كالفلاحة والحياكة والبناية فإنه يقدر أجرة المثل ولايمكن المستعمل من نقص أجرة الصانع عن ذلك ولايمكن الصانع من المطالبة بأكثر من ذلك حيث تعين عليه العمل ، وهذا من التسعير الواجب ، وكذا إذا احتاج الناس

---

(١) رسالة الحسبة في الإسلام ص٢٣-٢٤ .

إلى من يصنع لهم آلات الجهاد من سلاح وجسور للحرب وغير ذلك فيستعمل بأجرة المثل لايمكن المستعملون من ظلمهم ولا العمال من مطالبتهم بزيادة على حقهم مع الحاجة إليهم فهذا تسعير في الأعمال[1] .

منشأ الخلاف في بيع رباع مكة وإجارتها:

ذكر السهيلي في الروض الأنف والقرطبي في تفسيره ونقله الزيلعي في نصب الراية عن اليعميري في سيرته عيون الأثر أن الخلاف في بيع رباع مكة وإجارتها يعود إلى أصلين : أحدهما أن مكة فتحت عنوة فتكون غنيمة ولكن الرسول ﷺ لم يقسمها وأقرها لأهلها كما فعل عمر بسواد العرق أم صلحاً فتبقى في أيديهم يتصرفون فيها كيف يشاؤون؟ .

الثاني : وهو مبني على الأول أن دور مكة ملك الناس أم لأربابها خاصة[2]؟

بالأول : وهو أنها فُتحت عُنوة قال جماهير العلماء منهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد في أظهر روايتيه والأوزاعي وجماهير العلماء وأهل السير وعلى ذلك فهي وقف للنا س جميعاً .

وبالثاني : وهي أنها فُتحت صلحاً فتكون ملكاً لأربابها خاصة قال الشافعي وأحمد في الرواية الأخرى .

---

(١) رسالة الحسبة في الإسلام ص٢٧-٢٨ .

(٢) الروض الأنف للسهيلي ٢/ ٢٧٢ ، تفسير القرطبي ١٢/ ٣٣ ، نصب الراية ٤/ ٢٦٧ .

وقد استدل كل فريق من الجمهور والشافعي بأدلة كثيرة استوفاها الدكتور وهبة الزحيلي في آثار الحرب فلتنظر هناك[1].

فتح مكة قضيـــــة تاريخيـــــة:

هذا ما يذكره الكاتبون والمؤلفون عن فتح مكة حين يتعرضون لحكم بيعها وإجارتها ولكن المسألة (يعني مسألة الفتح) قضية تاريخية بحتة لا مجال للاجتهاد فيها بل يعتمد فيها على ثقات الأخبار وليست مما ينبغي أن يثور الخلاف حوله وقد رأيت للإمام القرافي في الفروق كلاماً نفسياً جداً في هذا الموضع وأنا أنقله على طوله لكونه صادف هوى في نفسي قال: " قول مالك رحمه الله تعالى: إن البلد الفلاني فُتح عنوة ليس هذا بفتيا يقلد فيها ولا مذهباً يجب على مقلديه اتباعه فيه بل هذه شهادة والقاعدة أن كل إمام أخبر عن حكم بسبب اتبع فيه، كان فتياً ومذهباً، أو أخبر عن وقوع ذلك السبب فهو شهادة وأن المذهب الذي يقلد فيه الإمام خمسة أمور لا سادس لها:

١- الأحكام كوجوب الوتر.

٢- الأسباب كالمعاطاة (وكذا سائر العقود).

٣- الشروط كالنية في الوضوء والصلاة.

٤- الموانع كالدين في الزكاة (وكذا القتل في الإرث).

٥- الحجاج (أي البينات) كشهادة الصبيان والشاهد مع اليمين.

---

(١) آثار الحرب في الفقه الإسلامي ص٥٥٨ ومابعدها، الطبعة الأولى ط دار الفكر.

فهذه الخمسة إن اتفق على شيء منها فليس مذهباً لأحد بل ذلك للجميع فلا يقال : إن وجوب رمضان مذهب مالك ولا غيره بل ذلك ثابت في الإجماع وماعدا هذه الخمسة لايقال إنها مذهب يقلد فيه بل هو إما رواية أو شهادة أو غيرها كما لو قال مالك : أنا جائع أو عطشان فليس كل مايقوله الإمام هو مذهب له بل تلك الخمسة خاصة، ولو قال إمام : زيد زنى لم توجب الرجم بقوله بل نقول هذه شهادة هو فيها أسوة جميع العدول إن كمل نصاب الشهادة بشروطه رجمناه وإلا فلا .

فكذلك قول مالك فتحت مصر عنوة أو مكة شهادة وإذا كانت شهادة فهو لم يباشر الفتح فيتعين أنه نقل هذه الشهادة عن غيره ولايدري أأذن له ذلك الغير في النقل عنه أم لا؟ وإن سلمنا أنه أذن له فقد عارضت هذه البينة بينة أخرى وهي أن الليث بن سعد وابن مسعود والشافعي وغيرهم قالوا : الفتح وقع صلحاً فهل يمكن أن يقال إن أحد البينتين أعدل فتقدم أو يقال : هذا لاسبيل إليه؟ والعلماء أجل من أن نفاوت نحن بين عدالتهم، ولا يمكن أن يقال : هذه الشهادة ليست نقلاً عن أحد بل هي استقلال ومستندها السماع لأننا نمنع أن هذه المسألة مما تجوز فيه الشهادة بالسماع وقد عد الأصحاب مسائل السماع خمساً وعشرين مسألة ليست هذه منها، سلمنا أنها منها لكن حصل المعارض المانع من الحكم بهذه الشهادة .

وبهذا التقرير إن من أفتى بتحريم البيع والإجارة والشفعة في هذه البقاع بناء على قول مالك إنها فتحت عنوة خطأ وإن هذا ليس مذهباً لمالك بل هي شهادة لايقلد فيها

بل تجري مجرى الشهادات، وكما يرد هذا السؤال على المالكية في العنوة يرد على الشافعي في قوله[1] : إنها فتحت صلحاً ويبنون على ذلك الفتيا بالإباحة ويجعلون هذا مما يقلد فيه وإنما هو شهادة أيضاً بالصلح، وليت شعري لو أن حاكماً شافعياً جاءه الشافعي فقال له : إن فلاناً صالح امرأته على ألف دينار نقداً وقد صارت خلعاً منه أيقضي بقوله وحده فيخرق الإجماع أو نقول هذه شهادة لابد فيها من آخر مع الشافعي يشهد له بالخلع فينبغي أن يفعل هنا كذلك[2] .

بعد هذا البيان الشافي ننتقل إلى صلب الموضوع وهو : حكم بيع رباع مكة وإجارتها فنقول :

اختلف العلماء فى ذلك على خمسة أقوال:

الأول: المنع مطلقاً سواء أكان للأرض أم للبناء وهو المشهور عن مالك

---

(١) اختلف النحاة في دخول " أل" على " غير" وكل وبعض وقالوا هذه كما لاتتعرف بالإضافة لاتتعرف بالألف واللام قال الإمام أبو نزار الحسن بن أبي الحسن النحوي في كتابه المسائل السفرية : منع قوم دخول الألف واللام على " غير" و "وكل" و "بعض" وقالوا هذه كما لا تتعرف بالإضافة لاتتعرف بالألف واللام . قال : وعندي أنه تدخل الألف اللام على غير وكل وبعض فيقال : فعل الغير ذلك والكل خير من البعض، وهذا لأن الألف واللام هنا ليستا للتعريف ولكنها المعاقبة للإضافة نحو قول الشاعر :
" كأن بين فكها والفك : إنما هو كان بين فكها وفكها، فهذا لأن من نص على أن غيراً يتعرف بالإضافة في بعض المواضيع، ثم إن الغير يحمل على الضد والكل يحمل على الجملة والبعض يحمل على الجزء فصلح دخول الألف واللام أيضاً من هذا الوجه والله أعلم . انظر تهذيب الأسماء واللغات القسم الثاني ج٢ ص٦٦ .

(٢) انظر الفروق للقرافي الفرق الثالث والمائتان ٤/ ٥-٦، وانظر الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٢٠٢، وقد نقل أستاذنا الجليل الشيخ عبدالفتاح أبو غدة طيب الله ثراه عبارة الفروق في تعليقه على الإحكام في موطنين ص٢٠٢وص٢٠٨ .

ورواية عن أحمد .

الثاني: الجواز مطلقاً وهو مذهب الشافعية والظاهرية والصاحبين من الحنفية .

الثالث: جواز بيع البناء دون الأرض وهو رواية عن أبي حنيفة .

الرابع: الكراهية مطلقاً وهو قول مالك .

الخامس: الكراهية في الموسم وهو قول الحنفية ومالك .

المذهب الأول: المنع مطلقاً سواء للأرض أم البناء وهو المشهور عن مالك وهو قول سفيان الثوري وأبي عبيد وإسحق بن راهوية ورواية عن أحمد(١) .

الأدلة: وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بالكتاب والسنة والآثار والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ **إن الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد** ﴾(٢) .

فقد روي عن عمر وابن عباس أن القادم له النزول حيث وجد وعلى رب المنزل أن يؤويه شاء أم أبى(٣) .

---

(١) القوانين الفقهية ١٨٣ ، الفروق ٤/ ٤ ، المغني ٤/ ٢٣٣ .

(٢) الحج آية رقم (٢٥) .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٣٨٢، تفسير القرطبي ١٢/ ٣٢ .

وأما السنة :

١- فقد روي عن عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: "مكة مناخ[١] لايباع رباعها ولا يؤاجر بيوتها"[٢].

٢- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بيتاً أو بناء يظلك من الشمس؟ فقال: لا إنما هو مناخ لمن سبق إليه"[٣].

٣- روري محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال: أخبرنا أبو حنيفة عن عبيد الله بن أبي زياد عن أبي نجيح عن عبدالله بن عمرو عن النبي ﷺ: من أكل من أجور بيوت مكة فإنما يأكل ناراً[٤].

٤- عن علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وماتدعى رباع مكة إلا لسوائب من احتاج سكن ومن اغتنى أسكن[٥].

---

(١) المناخ بضم الميم مبرك الإبل (قاموس).

(٢) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن إسماعيل بن مهاجر عن أبيه عن عبدالله بن باباه عن عبدالله بن عمرو قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه، انظر نصب الراية الحديث السادس والثلاثون ٤/ ٢٦٥.

(٣) رواه أبو داود كتاب المناسك باب تحريم مكة والترمذي كتاب الحج باب أن منى من سبق إليه حديث ٨٨٢.

(٤) نصب الراية لأحاديث الهداية كتاب الكراهية الحديث السابع والثلاثون.

(٥) رواه ابن أبي شيبة مصنفة ومسنده ومن طريقه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه انظر نصب الراية كتاب الكراهية الحديث الثامن والثلاثون.

وأما الآثار:

١- فقد روى عبدالرزاق في مصنفه في الحج أخبرنا ابن جريج قال: كان عطاء ينهى عن الكراء في الحرام وأخبرني أن عمر بن الخطاب كان ينهى أن تبوب دور مكة لأن ينزل الحاج في عرصاتها، فكان أول من بوب داره سهيل بن عمرو فأرسل إليه عمر بن الخطاب في ذلك فقال له: انظرني يا أمير المؤمنين إني امرؤٌ تاجر فأردت أن اتخذ باباً يحبس لي ظهري فقال: فذلك إذاً[1].

٢- وروى عبدالرزاق عن مجاهد أيضاً أن عمر بن الخطاب قال: يا أهل مكة لا تتخذوا لدوركم أبواباً لينزل البادي حيث شاء[2].

٣- وقال معمر لقد استخلف عمر وما لدار بمكة باب.

٤- وكتب عمر بن عبدالعزيز إلى عامله بمكة أن ينهي أهلها عن كراء دورهم إذا جاء الحاج فإن ذلك لايحل لهم.

وقال مالك رحمه الله إن كان الناس ليضربون فساطيطهم بدور مكة لاينهاهم أحد[3].

أما المعقول: فقد استدلوا بما يلي:

١- إنها أرض محترمة فهي فناء الكعبة، وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لاينفر

(١) نصب الراية ٤/ ٢٦٦، فتح الباري ٤/ ١٩٥.

(٢) نصب الراية للزيلعي ٤/ ٢٦٦.

(٣) الروض الأنف للسهيلي ٢/ ٢٧٢.

صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع[1].

٢- إنها فتحت عنوة ولم تقسم فكانت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة[2].

القول الثاني: الجواز مطلقاً: وهو مذهب الشافعية والظاهرية وهو رواية عن المالكية والحنابلة، قال ابن قدامة وهو أظهر في الحجة وهو مذهب الصاحبين من الحنفية ورواية عن أبي حنيفة وهو المفتى به عندهم حتى قالوا: إن الفتوى على وجوب الشفعة في دور مكة وهو دليل ملكية أرضها[3].

الأدلة:

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بالكتاب والسنة والآثار والمعقول:

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿**للفقراء الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم**﴾[4].

احتج ابن خزيمة بهذه الآية على أن الله قد نسب إليهم الديار كما نسب إليهم الأموال ولو كانت الديار ليست بملك لهم لما كانوا مظلومين في الإخراج من دور

---

(١) الهداية بأعلى فتح القدير ٨/ ٤٩٥ وانظر المجموع ٩/ ٢٧٠.

(٢) المغني ٣/ ٢٣٤.

(٣) المجموع ٩/ ٢٦٩، إعلام الساجد بأحكام المساجد ١٤٦، المحلى ٧/ ١٦٣، الفروق ٤/ ٤، المغني ٣/ ٢٣٤، الهداية بأعلى فتح القدير ٨/ ٤٩٥، الزيلعي ٦/ ٢٩، ابن عابدين ٥/ ٢٥.

(٤) سورة الحشر، أية رقم (٨).

ليست بملك لهم[1] .

أما السنة:

١- فقد روى أسامة بن زيد أنه قال أين تنزل في دارك بمكة؟ فقال : وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور؟ وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي رضي الله عنهما لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين[2] .

قال الشافعي فأضاف الملك إليه وإلى من ابتاعها منه[3] .

٢- استدلوا أيضاً بقوله ﷺ يوم فتح مكة : من دخل دار أبي سفيان فهو آمن[4] .

قال الإمام النووي : استدل به الشافعي وموافقوه على أن دور مكة مملوكة يصح بيعها وإجارتها لأن أصل الإضافة إلى الآدميين تقتضي الملك وما سوى مجاز[5] .

وأما الآثار :

١- روى البيهقي وغيره أن نافع بن الحارث اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب رضي الله عنه بأربعمائة درهم[6] .

---

(١) فتح الباري ٤/ ١٩٥ .

(٢) رواه البخاري في كتاب الحج باب توريث دور مكة وبيعها وشرائها ومسلم في باب نزول الحاج بمكة وتوريث دارها .

(٣) فتح الباري ٤/ ١٥٩ .

(٤) رواه مسلم باب فتح مكة .

(٥) النووي على مسلم ١٢/ ١٢٧ .

(٦) المجموع ٩/ ٢٧١ .

٢- روى الدارقطني في أسماء رجال الموطأ أن حكيم بن حزام باع دار الندوة في الإسلام بمائة ألف درهم وذلك في زمن معاوية فلامه معاوية في ذلك وقال: ابعت مكرمة آبائك وشرفهم؟ فقال حكيم: ذهبت المكارم إلا بالتقوى ولقد اشتريتها في الجاهلية بزق خمر وبعتها بمائة ألف وأشهدكم أن ثمنها في سبيل الله فأيُّنا المغبون[(١)]؟!

وأما المعقول: فإنها أرض حية ليست موقوفة فجاز بيعها كغيرها[(٢)].

القول الثالث: لأبي حنيفة فقد توسط بين القولين فقال: يجوز بيع البناء دون الأرض[(٣)]. فقد روى عن أبي حنيفة أنه قال: لا بأس ببيع بيوت مكة وأكره بيع أراضيها[(٤)].

أما الأرض فلما تقدم من أدلة المانعين، وأما جواز بيع البناء فلأنه ملك لمن بناه ألا ترى أنه لو بنى في المستأجر أو الوقف صار البناء ملكاً له كذا هذا[(٥)].

---

(١) إعلام الساجد للزركشي ١٤٩ وانظر المجموع للنووي ٩/ ٢٧١.

(٢) المجموع ٩/ ٢٧١.

(٣) وقد مر أن الفتوى على قول الصاحبين ببيع الأرض أيضاً. انظر ماسبق من هذا البحث.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٨٣، الهداية بأعلى فتح القدير ٨/ ٤٩٥. والمقصود بالكراهية هنا الحرمة فقد نص محمد بن الحسن أن كل مكروه فهو حرام إلا أنه لما لم يجد نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام. وروى محمد أيضاً، عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب قال في الجامع الكبير: يكره الشرب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء ومفادها التحريم، وقال أبو حنيفة وصاحباه يكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير وقد صرح الأصحاب أنه حرام، وقال أبو حنيفة يكره بيع أراضي مكة ومرادهم التحريم عندهم انظر إعلام الموقعين ١/ ٤١-٤٢.

(٥) الهداية بأعلى فتح القدير ٨/ ٤٩٥، الزيلعي ٦/ ٢٩.

القول الرابع: الكراهية مطلقاً بيعاً وإجارة أرضاً وبناء وهو قـول لمالك لتعارض الأدلة[1].

القول الخامس: كراهية الإجارة في الموسم وهو قول الحنفية وقول لمالك: فقد روى محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: أكره إجارة بيوت مكة في الموسم وفي الرجل يقيم ثم يرجع فأما المقيم والمجاور فلا نرى بأخذ ذلك منهم بأساً[2] قال القرافي لكثرة الناس واحتياجهم للوقف لأن العنوة وقف عندنا[3].

وفي غاية البيان[4] مايفيد أنه قولهما أيضاً "أي الصاحبان". حيث نقل عن تقريب الإمام الكرخي ما نصه: "وروى هشام عن أبي حنيفة أنه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ورخص في غيره كذا قال أبو يوسف. أخبرني محمد عن أبي حنيفة أنه كان يكره كراء بيوت مكة في الموسم ويقول لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم إذا كان فيها فضل وإن لم يكن فلا وهو قول محمد أهـ فأفاد أن الكراهية وفاقية وكذا قال في الدر المنتقى صرحوا بكراهيتها من غير خلاف[5].

---

(١) الفروق للقرافي ٤/ ٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج٣، ص٢٧٣.

(٣) الفروق للقرافي ٤/ ٤.

(٤) هو كتاب غاية البيان شرح الهداية للإمام الاتفاقي توفي سنة ٧٥٨هـ مخطوط في المكتبة الأحمدية بحلب رقم ٤٥٠ ومنه نقلت في رسالتي في الدكتوراه وأظن أنه نقل إلى مكتبة الأسد بدمشق.

(٥) ابن عابدين ٥/ ٢٥٢.

تحديد محل النزاع:

ومحل النزاع إنما هو في الدور الموروثة من الجاهلية، وأما ما بناه أهل الإسلام فليست محل النزاع بل يجوز بيعها وإجارتها وهذا ماقاله الإمام القرافي في فروقه ونصه: "وهذا التقرير يطرد في مكة ومصر وغيرها (مما فتح عنوة) والقول بأن الدور وقف إنما يتناول الدور التي صادفها الفتح أما إذا انهدمت تلك الأبنية وبنى أهل الإسلام دوراً غير دور الكفار فهذه الأبنية لاتكون وقفاً إجماعاً، وحيث قال مالك تكره دور مكة يريد ما كان في زمنه باقياً من دور الكفار التي صادفها الفتح واليوم قد ذهبت تلك الأبنية فلا يكون قضاء الحاكم فيها خطأً. نعم يختص ذلك بالملك بالشفعة في الأرضين فإنها باقية[1]".

المناقشة والترجيح:

ولقد تبين لنا من عرض المذاهب أو الآراء الخمسة أنها تؤول إلى مذهبين الجواز والحرمة وما عدا ذلك فهي تابعة لهما.

وتبين لنا أن أدلة المانعين من بيع رباع مكة وإجارتها لم تسلم لهم بل عورضت بأدلة أخرى وأما أدلة المجيزين فأحاديثها صحيحة فهي في الصحيحين وغيره وعمل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعد عصر التنزيل من شراء دار صفوان بن أمية مرشح لصحة ماذهبوا إليه . ولنناقش أدلة المانعين دليلاً دليلاً.

١-**نقض استدلالهم بالقرآن**: أما استدلالهم بقوله تعالى ﴿سواء العاكف فيه

(١) الفروق ٤/ ٤-٥ الفرق الثالث والمائتنان.

والباد﴾ وأن المقصود به جميع أرض مكة . فقد نقض استدلالهم ابن حزيمة فيما نقله عنه الحافظ ابن حجر بأنه لو كان المراد بذلك جميع أرض مكة لما جاز حفر بئر ولا قبر ولا التغوط والبول ولا إلقاء الجيف والنتن . قال : ولانعلم عالماً منع من ذلك ولاكره لحائض وجنب دخول الحرم والجماع فيه ولو كان كذلك لجاز الاعتكاف في دور مكة وحوانيتها ولايقول بذلك أحد[1] . وسيأتي إن شاء الله في الحوار الذي دار بين الشافعي وإسحق بن راهويه مايشبه هذا .

أما استدلالهم بالسنة فمردود بما يلي :

١ - أما حديث «مكة مناخ لايباع رباعها ولايواجر بيوتها» .

فالعلة فيه إسماعيل بن مهاجر قال فيه الدارقطني ضعيف ولم يروه غيره وذكره ابن القطان في كتابه من جهة الدارقطني وأعله بإسماعيل من مهاجر قال البخاري منكر الحديث ورواه ابن عدي والعقيلي في كتابيهما وأعله بإسماعيل وأبيه وقالا في إسماعيل : لايتابع عليه[2] .

٢ - حديث عائشة : مِنَى مناخ لمن سبق إليه :

يجاب عن هذا الحديث بجوابين أحدهما من ناحية السند والآخر من ناحية المتن : أما من ناحية السند فمداره على يوسف بن ماهك عن أمه مسيكة عن عائشة

(١) فتح الباري ٤/ ٩٦ .

(٢) انظر نصب الراية كتاب الكراهية الحديث السادس والثلاثون ٤/ ٢٦٥ .

ومسيكة لايعرف حالها كذا في التقريب وذكرها الذهبي في الميزان في المجهولات[1].

وأما من ناحية المتن فإن منًى موضع لأداء النسك من النحر ورمي الجمار والحلق يشترك فيه الناس كلهم فلو بنى فيها لأدى ذلك إلى كثرة الأبنية تأسياً به ﷺ فتضيق على الناس وكذلك حكم الشوارع ومقاعد الأسواق[2].

٣- حديث أبي حنيفة عن عبيد الله بن أبي زياد عن أبي نجيح عن عبدالله بن عمرو «من أكل من أجور بيوت مكة الحديث». فجوابه أن الحديث ضعيف من وجهين: أحدهما ضعف إسناده فإن ابن أبي زياد هذا ضعيف، الثاني أن الصواب فيه أنه موقوف على عبدالله بن عمرو وقالوا: رفعه وهم هكذا قال الدارقطني وأبو عبدالرحمن السلمي والبيهقي[3].

٤-أما حديث توفي رسول الله ﷺ وما تدعى رباع مكة إلا لسوائب فجوابه من وجهين:

١- أحدهما أنه منقطع قاله البيهقي.

٢- أجاب البيهقي والأصحاب أنه إخبار عن عادتهم الكريمةفي إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم بالإعارة تبرعاً وجوداً، وقد أخبر من كان أعلم بشأن

---

(١) تحفة الأخوذي ٣/ ٦٢١.

(٢) عون المعبود ٢/ ١٦١، تحفة الأحوذي ٣/ ٦٢١.

(٣) المجموع ٩/ ٢٧٢.

مكة منه بأنه جرى الإرث والبيع فيها[1] .

وأما الآثار فليس فيها النهي عن الكراء مطلقاً بل النهي في الموسم وهو لايفيد التحريم بل غاية مافيه أنه الكراهية .

أو يقال : إن هذا ليس تشريعاً بل هو من التدابير السياسية التي يتخذها الولاة لفعل ما هو أرفق بالناس[2] سيما أن الفاعل ذلك أعدل بعض الولاة وهما عمر بن الخطاب وسبطه عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنهما .

رد دلالة المعقول : أما استدلالهم بأنها أرض محترمةفهي فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها فقد سبق عنه من كلام ابن حزيمة فيما نقله عنه الحافظ ابن حجر بأنه لو كان كذلك لما جاز حفر بئر ولا قبر ولامكوث الحائض والجنب والجماع فيه[3] .

---

(١) المجموع٩/ ٢٧٣ ، إعلام الساجد ١٤٩ .

(٢) وقد عقد الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين فصلاً أثبت فيه أن السياسة من الشرع فقال : " وجرت مناظرة بين أبي الوفاء بن عقيل وبين بعض الفقهاء فقال ابن عقيل : العمل بالسياسة هو الحزم ولايخلو منه إمام وقال الآخر لا سياسة إلا ماوافق الشرع فقال ابن عقيل السياسة ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يشرعه الرسول ﷺ ولانزل به الوحي فإن أردت بقولك لا سياسة إلا ماوافق الشرع أي لم يخالف مانطق به الشرع فصحيح وإن أردت مانطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابة فقد جرى من الخلفاء الراشدين من القتل والمثل ملايجحده عالم بالسير ١ هـ.
قال ابن القيم : ولانقول إن السياسة العادلة مخالفة للشريعة الكاملة بل هي جزء من أجزائها وباب من أبوابها وتسميتها سياسة أمر اصطلاحي وإلا فإن كانت عدلاً فهي من الشرع . . . الخ" انظر إعلام الموقعين ٤/ ٣٧٣ وقد أعاد هذا الكالم في أوائل الطرق الحكمية فانظره هناك .

(٣) انظر ما سبق من هذا البحث .

أما قولهم : إنها فتحت عنوة ولم تقسم فقد أجاب عنه ابن قدامة في المغني حيث قال : وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لايمكن دفعه إلا أن النبي ﷺ أقر أهلها على أملاكهم ورباعهم فدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك النبي ﷺ لهوازن نساءهم وأبناءهم"[1] إزاء هذا فإننا لانرى مناصاً من ترجيح مذهب الشافعي والصاحبين من الحنفية والراجح عند الحنابلة من جواز بيع ربوع مكة وإجارتها والله أعلم .

المناظرة بين الشافعي وابن راهوية:

ونختم هذا البحث بذكر المناظرة التي جرت بين الإمام الشافعي وإسحق بن راهويه والتي روتها كتب التراجم والفقه والحديث والتي كان فيها الغلبة للقرشي المطلبي .

روى البيهقي بسنده إلى إبراهيم بن محمد الكوفي قال : رأيت الشافعي يفتي الناس ورأيت إسحاق بن راهوية وأحمد بن حنبل حاضرين فقال أحمد بن حنبل لإسحاق : يا أبا يعقوب تعال حتى أريك رجلاً لم تر عيناك مثله فقال إسحق : لم تر عيناي مثله . . قال : نعم . فجاء فأوقفه على الشافعي فذكر القصة إلى أن قال : ثم تقدم إسحق إلى مجلس الشافعي وهو مع خاصته فسأله عن سكنى بيوت مكة أراد الكراء فقال له الشافعي : عندنا جائز قال رسول الله ﷺ هل ترك لنا عقيل من دار؟ فقال له إسحق : أتأذن لي في الكلام؟ فقال : تكلم ، فقال : حدثنا يزيد عن هشام عن الحسن أنه لم يكن يرى بذلك بأساً وأخبرنا أبو القاسم وغيره عن سفيان عن منصور

(١) المغني ٤/ ٢٥٥ .

عن إبراهيم أنه لم يكن يرى بذلك، وعطاء وطاووس لم يكونا يريان بذلك فقال الشافعي لبعض من عرفه: من هذا؟ فقال: إسحق بن راهويه الحنظلي الخراساني فقال له الشافعي: أنت الذي يزعم أهل خراسان أنك فقيههم؟!... فقال إسحق: هكذا يزعمون. قال الشافعي: ما أحوجني أن يكون غيرك في موضعك فكنت آمر بعرك أذنيه أنا أقول: قال رسول الله ﷺ وأنت تقول: عطاء وطاووس وإبراهيم والحسن هؤلاء لايرون ذلك! هل لأحد مع رسول الله ﷺ حجة؟ فذكر قصته إلى أن قال: قال الشافعي: قال الله تعالى ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجو من ديارهم﴾[1] فنسب الديار إلى المالكين أو غير المالكين؟ قال إسحق إلى المالكين. فقال الشافعي فقول الله أصدق الأقاويل وقد قال رسول الله ﷺ: من دخل دار أبي سفيان فهو آمن فنسب الديار إلى مالك أو إلى غير مالك؟!... فقال إسحق: إلى مالك، قال الشافعي: وقد اشترى عمر بن الخطاب دار الحجامين وأسكنها. وذكر جماعة من الصحابة فقال له إسحق: إقرأ أول الآية قال الله عز وجل: ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾[2]. فقال الشافعي لو كان هذا كما تزعم لكان لايجوز لأحد أن ينشد فيها ضآلة ولا ينحر فيها البدن ولا تلقى فيها الأرواث، ولكن هذا في المسجد خاصة. قال فسكت إسحق ولم يتكلم فسكت عنه الشافعي رحمها الله تعالى[1].

(١) الحشر (٨).

(٢) الحج ٢٥.

(١) انظر إعلام الساجد بأحكام المساجد ١٤٧، مناقب الشافعي للبيهقي ١/ ٢١٣، المجموع ٩/ ٢٧١، نصب الراية٤/ ٤٦٦-٤٦٧.

الخاتمة:

ولقد تبين لنا من عرض هذا الموضوع أنه لايجوز استغلال حاجة الحجاج والمعتمرين ورفع أسعار أجور دور مكة وفنادقها أيام الحج ورمضان وأن التسعير في ذلك واجب كما جرى ذلك على لسان ابن تيمية رحمه الله تعالى كما تبين أنه لايجوز الخلاف في فتح مكة أفتحت عنوة أم صلحاً وكذلك سائر بلاد المسلمين لأن هذه ليست من المسائل الاجتهادية بل يرجع البت فيها إلى ثقات المؤرخين فمن الثابت تاريخياً وحديثياً أن رسول الله ﷺ قال : من دخل دار أبي سفيان فهو آمن رواه مسلم كما مر معنا وهذا دليل واضح على أن مكة فتحت عنوة وأن الرسول ﷺ منَّ على أهلها .

أما بالنسبة لبيع رباع مكة وإجارتها فقد اختلف العلماء على خمسة أقوال مدارها على الحل والحرمة وتفصيل بينهما .

ولقد وجدنا بعض الفقهاء وهم الحنفية والمالكية يكرهون إجارة مكة في المواسم ومستندهم في ذلك فعل عمر بن الخطاب وسبطه عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما .

واستظهرنا أن يكون ذلك من باب السياسة لا من باب التشريع .

وإن لم نقل بقول هذين الإمامين العظيمين فلا أقل من أن تتدخل الدولة لوضع

حد لغلاء الأجور أيام المواسم كما أشار إلى ذلك ابن تيمية حتى يعود الوضع إلى الحد المعقول .

وختمنا البحث بذكر المناظرة التي جرت بين الإمام الشافعي وإسحق بن راهويه وكان فيها الغلبة للإمام القرشي المطلبي .

وبهذا نكون قد أتينا على نهاية البحث نسأل الله سبحانه أن يكون خالصاً لوجهه الكريم .

والحمد لله رب العالمين ، ، ،

مراجع البحث

أولاً: التفسير

١- أحكام القرآن : أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٧هـ.

٢- الجامع لأحكام القرآن : محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ مطبعة دار الكتب المصري ط٢ .

ثانياً: الحديث الشريف

٣- سنن أبي داود : أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥ مطبوع مع عون المعبود الأتي .

٤- صحيح البخاري : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البحاري المتوفى سنة ٢٥٦ هـ طبع بولق ١٣٢٤ .

٥- جامع الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة الترمذي المتوفى سنة ٢٧٩ هـ انظر تحفة الأحوذي .

٦- تحفة الأحوذي : للإمام محمد بن عبد الرحمن المباركفوري المتوفى سنة ١٥٥٣هـ مطبعة الفجالة الجديدة ط٢ .

٧- عون المعبود: محمد أشرف بن أمير بن علي العظيم أبادي طبع دار الكتاب العربي لبنان.

٨- فتح الباري: الإمام الحافظ أبو الفضل بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ البابي الحلبي مصر ١٩٥٩.

٩- صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري المتوفى سنة ٢٦١ مطبوع مع شرح النووي الآتي.

١٠- النووي على مسلم: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ المطبعة المصرية، الطبعة الأولى.

١١- نصب الراية: للإمام جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ طبع المجلس العلمي، الهند، الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.

ثالثاً: الفقه الإسلامي

أ- الفقه الحنفي

١٢- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة ٧٤٢هـ المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق سنة ١٣١٣.

١٣- رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين بن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ طبع بولاق ١٢٧٢هـ.

١٤- الهداية شرح بداية المبتدي: برهان الدين المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣ هـ طبع المطبعة الميمنية البابي الحلبي مصر مطبوع مع فتح القدير والكفاية.

ب- الفقه المالكي:

١٥- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: شهاب الدين أبو العباس القرافي المصري المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيق أستاذنا الأجل الشيخ عبد الفتاح أبو غدة طيب الله ثراه. مكتب المطبوعات الإسلامية حلب ١٣٨٧هـ.

١٦- الفروق: للقرافي طبع دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٤هـ.

١٧- القوانين الفقهية: أبو القاسم بن جزي الكلبي المتوفى سنة ٦٩٣ هـ طبع دار الكتب العلمية لبنان.

ج- الفقه الشافعي:

١٨- إعلام الساجد بأحكام المساجد: محمد بن عبدالله الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤هـ طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية القاهرة ١٣٨٤هـ.

١٩- المجموع شرح المهذب: الإمام الحافظ أبو زكريا النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ طبع مطبعة العاصمة القاهرة.

د- الفقه الحنبلي:

٢٠- إعلام الموقعين عن رب العالمين: شمس الدين محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٨٥١هـ تحقيق محي الدين عبد الحميد مطبعة السعادة مصر القاهرة ١٣٧٤هـ.

٢١- الحسبة أو وظيفة الحكومة الإسلامية: أحمد بن عبدالحليم ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٧ هـ طبع المكتبة العلمية في المدينة المنورة.

٢٢- المغني : للإمام محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٤٥٦هـ طبع منير الدشمقي مصر ١٣٥٢هـ.

رابعاً: كتب اللغة

٢٤- تهذيب الأسماء واللغات : الإمام الحافظ أبو زكريا النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ إدارة الطباعة المنيرية مصر .

٢٥- القاموس المحيط : مجد الدين الفيروزبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ.

خامساً: كتب السيرة والمناقب

٢٦- الروض الأنف : لأبي القاسم عبدالرحمن الخثعمي السهيلي المتوفى سنة ٥٨١هـ طبع المطبعة الجمالية مصر ١٣٣٢هـ.

٢٧- مناقب الشافعي : لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبع دار التراث مصر سنة ١٣٩١هـ.

Sale and Lease of Mecca Real Estate in the Islamic jurisprudence

by

Dr. Abdul Hafeeth Rawwas Qalaajee

Author of Jurisprudential Rules Landmark

The researcher clarifies in the beginning of his study the historic importance of Mecca and its value to Muslims where the second Kiblah is located and being the destination of all Muslims who go for pilgrimage and the minor hajj every year. The researcher also exposes to the major problems that face Mecca visitors such as high rents specially during the pilgrimage and minor hajj seasons proposing various solutions. Then clarifies the origin of dispute about selling and lease of Mecca's real estate in the Islamic jurisprudence identifying the two basis on which the dispute arouse. The researcher further moves in his study to point out the provisions of this sale and the lease, clarifying the scholars opinions, defining the source of dispute, discussing it and giving his opinion .

In the final stage, the researcher lists his conclusions of this research.

The Right to Procreate for Married Couples

by

Dr. Ali Khattar Shatnawi

Jordan University - Faculty of Law

The right to reproduction (giving birth) is considered a sacred right for the spouses with the aim of forming an integrated and cohesive family.

It is a natural extension of the right of both marriage and life alike. Therefore, intenational conventions and declarations and local constitutions were keen on guaranteeing and safeguarding it. This right is a common one for both spouses. Who should be able to control the reproduction preocess and monitor it in order to have the number of children they are looking for and willing to up-bring and educate. However. exercising such right is not absolute since the state has the right to be reassured about the health of its children and future subjects. As such, a number of countries have imposed medical chick up before marriage and the states legislations differ towards the issue of abortion.

Direct Lawsuit Against the Subtenant

by

Dr. Mohammad Ibraheem Bendari

Associate Professor, Civil Law, Faculty of Sharia & Law

United Arab Emirates University

Direct lawsuit filed from the Landlord (Original renter) against the subtenant contains a departure from the general rules of civil law on both the principle of equality before the law of ordinary creditors about their general liability and the principle of the ratio of contract consequences. This departure is justified on the basis of justice since direct lawsuit is an easy way for the renter to get the rent dues. Scholars had various disputes and point of views on the nature of this lawsuit due to their desire to relate it to one of the known legal systems under civil law. In spite of that, the researcher supports that this stands as a genuine legal system having its own identity and independence which makes it difficult to be related to a specific legal system of the known ones. Accordingly, the legislator has taken into consideration the original renter in the case of sublease by enabling him/her to gain the entire outcome of the direct lawsuit against the original tenant, giving him/her priority on all creditors of the original tenant.

Objective Conditions for Stay of Execution of Administrative Decisions in the French State Council's Decisions and Jordanian High Court of Justice : A comparative Study

by

Dr. Mousa Mustafa Shehadah

Associate Professor of Public Law, Head of Research & Studies Dept., Expert - Research & Studies Center, Sharjah

The purpose of this research is to analyze the required objective conditions to accept the application to stay the execution of administrative decisions objected for cancellation in the judgement of the French State Council and Jordanian High court of justice . This study concludes that the stay of execution can't exist except in face of final administrative decisions and there should be an interest for the objector and irreparable damage in case of execution of the decision and the application for stay of execution should stand on serious reasons .

In conclusion the study invites the Jordanian Administrative Judge to specify the damage and the serious reasons as they are the most important conditions in calling for stay of execution in the judgment recitals and not to rest on referring to article no(20) of the law of the High court of justice no 12 of 1992 ,which includes all the conditions for stay of execution (objectives and formals).

The Constitutional Political Decentralization in the United Arab Emirates

by

Dr. Dawood Abdulrazzak Al-Baz

Associate Professor, Public Law, Faculty of Sharia & Law

This research aims to discuss the constitutional political decentralization as a method of constitutional organization in allocating jurisdictions between the Federation and its member States, and its indications. The research consits of three parts :

1: Political decentralization comes with the federation.
2: The concept and identification of political decentralization.
3: Methods and indications of constitutional political decentralization in the United Arab Emirates.

includes many applications of the principle of good faith according to the comparative laws. Some of these are related to the system of the State itself, and some are imposed on the individual in order to be committed not to falsify or to forge in the required nationality documents, otherwise the UAE nationality will be drawn back from him. He has to behave properly in proving the nationality. The UAE nationality law includes principles which protect the others who have good faith and who deal with the holders of the UAE nationality when activating the idea of back effect regarding nationality laws.

Good Intention Concept in the Nationality Federal Law of the United Arab Emirates A foundational study

by

Dr. Mohammad Elsayyed Arafeh

King Fahad Security Academy, Riyadh, Saudi Arbia

This research explains the idea of "good faith" in the Arabic Language in the field of nationality. It is one's commitment to the legal behavior, which requires one to be truthful, honest and straightforward in dealing with others. It also requires the absence of any intention to forge, or to cheat or to harm the others. It is an idea that has a subjective content.

The research examines the idea of "good faith" in the field of nationality in the light of the settled general rules of comparative law, and the extent to which it is possible to consider some of the texts of the UAE nationality law as applications of this idea. Analyzing some of the Emirate nationality law shows that it has given the idea of good faith its due importance. This is clear at the state level when the government sets the rules regulating the nationality. It is also evident at the level of the individual behavior when people acquire, lose or prove their nationality. It is equally clear concerning the others who deal with the holder of this nationality when there is a change in his legal position.

This study considers analytical and documentary to the texts of the nationality law of the United Arab Emirates in the light of the comparative law. It consists of two chapters and a conclusion.

Chapter One: The concept of good faith. Chapter Two: Applications of the idea of good faith in the field of the UAE nationality. The conclusion gives the main findings and the recommendations of the research.

Throughout this research, it is clear that the UAE nationality law

Meditations in the Administrative Disputes in the United Arab Emirates

by
Prof. Majed Ragheb El-Helw
Faculty of Sharia & Law,
United Arab Emirates University

The United Arab Emirates complies with the system of unified jurisdiction. But as a federal state, the judicial function is divided between the federal government and the Emirates. The constitution has defined the competence of the federal jurisdiction and left the rest to the Emirates ones. But all of the Emirates except Dubai and Rasel khema have joined the federal jurisdiction.

The constitution confined the juridical supervision on the administration actions and specified the competence of the federal jurisdiction in the settlement of administrative disputes. The federal courts has put into effect federal legislations and general principles in order to resolve the administrative disputes.

Administrative disputes are examined on three degrees, in spite of the fact that the constitution did not refer to an appellate federal court existence. We think that the primary federal court of Abu Dhabi -and not the supreme federal court- is comptent to resolve the administrative disputes in each of Dubai and Rasel Khema, otherwise the numerousness of judicial grades will be missed.

In Dubai, the domestic law requires the ruler approval as a condition to the acceptance of any claim against the ruler or the government in the princedom. This law is unconstitutional because it contradicts article 41 of the constitution that assures the right to judicial complaint.

errors, numbered in a well-accredited method.

5- A bibliography of all used books, references and periodicals shoud be provided in an alphabatical order, in addition to providing the publishing authority and publishing dete.

6- The researcher should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.

7- The research can be authentic investigarion of a transcript, and in such case the well-accredited scientific procedures applicable in this regard should be folowwd, and a copy of some parts of the transcript must be attached.

8 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.

9 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

10 - Contributions should be typed on computer. Three copies should be sent to the editorial board of the journal along with one copy on a flopy disk.

11 - Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications.

12- A- one- page abstract should be submitted with the research.

13 - All contributions are subject to confidential review by outside referees.

14- Decision taken about suitability of articles for publication slall be communicated to authors withim a maximum period of three months from the receit date.

15- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules.

16- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

a - the importonce of the topic to UAE society.

b- Date of receit .

c- Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published Journal. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields.
2 - Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.
3 - Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.
4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.
5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

(b) Publishing Rules :

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and law.
2 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research references and footnotes should be cited properly .
3- The researches which embody Quranie quotations or prophetic sayins are required to be properly marked and clearly written.
4 - Contributions should be free from any linguistic and grammatic

Contents



JOURNAL OF SHARI'A AND LAW

United Arab Emirates University

" A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL "

ISSUE NO 15/ Rabei'Alawal, 1422 H -June 2001

Published by Academic Publication Council
UAE University

This Journal is listed in the " Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199
ISSN 1608-1013